

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

HISTOIRE DE LA PROCURATIO

Extrajudiciaire et judiciaire

DROIT FRANÇAIS

LA NATIONALITÉ ET LE SERVICE MILITAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Jeudi 23 Juin 1894, à 3 heures 1/2 de l'après-midi

PAR

Ernest LEGROS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Né le 2 Août 1870 à Coulans (Sarthe)

CAEN

IMPRIMERIE CH. VALIN

7 et 9, rue au Canu

1894

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

HISTOIRE DE LA PROCURATIO

Extrajudiciaire et judiciaire

DROIT FRANÇAIS

LA NATIONALITÉ ET LE SERVICE MILITAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Jeudi 28 Juin 1894, à 3 heures 1/2 de l'après-midi

PAR

Ernest LEGROS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Né le 2 Août 1870 à Coulans (Sarthe)

CAEN

IMPRIMERIE CH. VALIN

7 et 9, rue au Canu

1894

A MES PARENTS

JURY D'EXAMEN

MM. GAUCKLER, *Professeur*, PRÉSIDENT.

GUILLOUARD, *id.*

CABOUAT, *id.*

CARRÉ DE MALBERG, *Agrégé.*

DROIT ROMAIN

HISTOIRE DE LA PROCURATIO EXTRAJUDICIAIRE & JUDICIAIRE

INTRODUCTION

C'est un principe, à Rome, qu'un acte ne peut produire d'effets qu'à l'égard de ceux qui l'accomplissent ; il n'est pas admis que les actes faits par une personne puissent être réputés faits par une autre. Ce principe tout-puissant, aussi vrai en matière d'obligations que de procès, finit par recevoir de nombreuses exceptions qui énervèrent la règle sans la supprimer.

Rechercher comment est née et comment s'est développée à Rome l'idée de la *procuratio*, tel est l'objet de ce travail.

Dans un premier chapitre, destiné spécialement à l'histoire de la *procuratio* extrajudiciaire,

nous nous proposons d'étudier les caractères de la *procuratio* primitive, sa transformation par suite de l'apparition du contrat de mandat, sa survivance à l'époque classique.

Un deuxième chapitre sera consacré à l'évolution de la *procuratio* judiciaire. Quelle fut la première sanction de cette forme de représentation en justice ? Est-elle antérieure ou postérieure à d'autres institutions analogues ? A quelle époque la *procuratio litis*, donnée dans le seul but de mener un procès, a-t-elle fait son apparition ? Conférait-elle, dès cette époque, les mêmes pouvoirs qu'à la fin de l'époque classique, alors que furent apportés les derniers changements dans la matière ? Ce sont là autant de questions intéressantes que nous essayerons d'exposer.

CHAPITRE PREMIER

DE LA « PROCURATIO » EXTRAJUDICIAIRE

SECTION PREMIÈRE

Du développement de l'idée de « procuratio »

La notion de la *procuratio* ne se conçoit pas dans le droit romain très ancien. De tous côtés, les Romains ont subi le sort commun réservé au commencement des sociétés, et c'est un fait que, toujours, les droits prennent leur source dans un fait matériel. Comme le montre Ihering ¹, les lois et les idées d'une époque barbare rappellent les hommes qui en sont les contemporains, êtres incultes, grossiers, n'ayant d'yeux que pour ce qu'ils peuvent saisir avec la main. Tangibles, extérieures, sensibles : telles sont toutes les notions du droit ancien. Partout la forme extérieure prédomine sur l'acte, les résultats extérieurs du droit sont seuls pris en considération. De là résulte que la chose est la seule valeur économique connue du droit ancien ; elle ne l'est même que d'une façon restreinte, c'est-à-dire autant qu'elle est susceptible d'une aliénation,

1. Ihering, *Esprit du droit romain* (Trad. Mulenaëre), t. III, p. 112.

non point passagère, mais définitive, autant qu'elle peut être l'objet, non d'un contrat de louage, mais de vente ou d'échange. Juridiquement, la transmission d'une chose signifie le transfert du droit sur cette chose ; juridiquement, le commerce des choses n'est autre chose que l'établissement de droits, leur transfert, leur extinction. — La notion de la *procuratio* est trop complexe pour pouvoir exister dans cet état juridique primitif. Se substituer aux droits d'autrui, ou bien même seulement agir au nom d'autrui est une opération qui repose sur une abstraction : elle est un travail de la pensée seule ; elle s'oppose à la fixation définitive du droit.

Il est un autre caractère du droit ancien qui explique la non-existence de la *procuratio* à l'origine. Emprisonné dans les liens de la pensée perçue par les sens, l'esprit, lorsqu'il s'agit d'exprimer une chose interne, prend son recours vers des moyens d'expression sensibles ; il appelle à son aide, dit Ihering¹, les images du langage ; il crée des personnifications de ses vues naturelles et religieuses ; il forge les symboles de ses idées. Les symboles et les actions symboliques sont le langage de l'esprit dans l'enfance ; c'est une écriture hiéroglyphique dont il se sert, parce qu'il n'a pas encore trouvé l'écri-

1. Ihering, *Op. cit.*, t. III, p. 189.

ture alphabétique de la représentation, et qu'il n'en a pas encore acquis l'intelligence. Les symboles et les actions symboliques, qui sont la base du langage, sont aussi la base des actes de la vie civile. Dans la plupart des actes de la vie civile, en effet, sont imposées des formules solennelles (*certa verba*) devant être prononcées pour produire des effets légaux, et les rites de ces actes juridiques sont déterminés rigoureusement. Les actes du droit primitif, toujours solennels, exigent la participation directe et personnelle de celui que ces actes concernent. Peut-on concevoir que, dans la mancipation, par exemple, les paroles solennelles puissent être prononcées par un autre que l'acheteur ! Et ce qui est vrai dans la mancipation ne l'est pas moins dans la stipulation, le *nexum*, l'*acceptilatio*, la *nexi solutio*, etc..., opérations où les paroles solennelles ne peuvent être prononcées que par les titulaires du droit. Si l'intervention au nom d'autrui est inadmissible, le *procurator* doit donc être écarté, car il n'est pas le véritable intéressé. C'est ce que le jurisconsulte Paul exprime d'une façon on ne peut plus explicite : « Quæcumque gerimus, « cum ex nostro contractu originem trahunt, « nisi ex nostra persona obligationis initium « sumant, inanem actum nostrum efficiunt : « et ideo neque stipulari, neque emere, ven- « dere, contrahere, ut alter suo nomine recte

« agat, possumus. » (L. 11, D. *De oblig. et action.*, 44, 7.)

Cette pratique du formalisme, dont une des conséquences était d'écarter l'idée de *procuratio*, semble, au premier abord, contraire au principe de la liberté humaine. Malgré leur contradiction apparente, ces deux idées trahissent cependant, par le parallélisme de leur développement, un rapport caché qui les enchaîne étroitement. L'ère de la liberté, c'est l'ère de la rigueur dans la forme : la forme se relâcha en même temps que sombrait la liberté. Logiquement, le formalisme s'opposait à la *procuratio* ; néanmoins, on fit fléchir les principes à des époques brillantes pour le formalisme, sous le système des actions de la loi, en admettant des exceptions au principe que nul ne peut plaider pour autrui, et sous le système formulaire, en permettant de plaider pour autrui. On tendait à voir que la volonté, c'est l'homme même, et que, partout où celle-ci peut se manifester, on peut et on doit dire que cet homme même s'y trouve.

A côté de ces raisons théoriques, qui expliquent la non-existence de la *procuratio* dans l'ancien droit, il en est d'autres qui tiennent à la constitution de la famille, telle qu'elle existait dans la Rome primitive. C'est un point aujourd'hui acquis qu'il y eut une époque où les familles s'administraient elles-mêmes comme autant

d'États indépendants et autonomes. Dans les sociétés primitives, l'individu ne comptait guère : les droits étaient collectifs et non individuels ; ils existaient au nom du groupe et non de l'individu. Aussi ne doit-on pas considérer la puissance paternelle comme un instrument arbitraire, organisé dans le seul intérêt du père de famille : le *paterfamilias* est le chef d'un groupe de parents vivant ensemble durant toute leur existence et mettant toutes choses en commun. Les personnes que le père a sous sa puissance ne peuvent, en principe, avoir de biens personnels. Tout ce qu'ils acquièrent, soit par leur travail, leur industrie, soit par la libéralité venant d'un tiers, tout cela devient la propriété du père de famille, en tant que chef du groupe. C'est pour la famille, et non pour le père, que les enfants acquièrent. Dès lors, les enfants ont intérêt à ce que les biens de la famille ne soient pas en souffrance ; ils ont intérêt à seconder l'administration du père de famille, à remplacer celui-ci quand il vient à manquer pour quelque temps. La loi 3 C. *Mandati*, IV, 35, montre qu'à l'époque classique, c'est encore le fils qui, suivant un usage fréquent chez les Romains, sert de *procurator* à son père. L'institution de la *procuratio*, ainsi comprise, fait donc obstacle à la *procuratio* d'un *extraneus*.

Remarquons, en outre, que les hypothèses qui

donnent naissance à la *procuratio* font défaut. La principale occupation du Romain était l'agriculture¹; il produisait sur son domaine tout ce qu'il consommait, sa nourriture et celle de sa famille. Le travail manuel, le travail de la terre, telle était sa vocation, et il n'était point d'homme si haut placé que ce travail n'ennoblît². Le seul trafic consistait à vendre une partie de la récolte et à en prêter le prix. Le Romain, aux habitudes laborieuses et économes, ne s'éloignait jamais du lieu de ses occupations; ses dieux mêmes étaient au foyer et au plus prochain carrefour; il n'avait donc pas besoin de *procurator*.

D'ailleurs, l'utilité de la *procuratio*, dans une société où tout se réglait sur le forum, eût été toute relative : l'exiguïté du territoire, le manque de relations avec les peuples voisins faisaient que le besoin de la *procuratio* ne se faisait pas sentir.

La conquête de l'Italie, de Carthage et de son empire, de la Grèce, eut pour conséquence le développement rapide de la civilisation romaine³. Les relations entre personnes éloignées devinrent

1. *Raræ per ea tempora litteræ erant.* (Tit-Live, *Hist.* III, 3, VI 1.)

2. Marquardt, *La vie privée des Romains* (trad. Victor Henry), t. II, p. 6.

3. *Revue générale du Droit*, janv.-fév. 1894, p. 7. — *Les contrats par correspondance dans le passé*, J. Valéry. — *Ad-le*: Gabriello Carnazza, *Il diritto commerciale dei Romani*, pp. 14, 18 et suiv.

plus fréquentes, à mesure que les bornes des territoires soumis aux Romains s'étendirent. En même temps, au contact de peuples déjà parvenus à un degré plus avancé du progrès économique, et aussi par suite de la nécessité de faciliter les rapports des citoyens avec les pérégrins, la rigueur du formalisme s'adoucit. Sous l'influence de ces causes, les rapports de droit ne tardèrent pas à se développer. L'idée de *procuratio* dut se faire jour de bonne heure ; car, comme dit Justinien dans les Institutes (livre 4, tit. 10 pr. *De his per quos agere poss.*) : « nam et
« morbus et ætas et necessaria peregrinatio,
« itemque aliæ multæ causæ, sæpe impedi-
« mento sunt, quominus rem suam ipsi exsequi
« possint. » Ulpien est plus explicite encore :
« Hoc edictum necessarium est quoniam magna
« utilitas absentium versatur, ne indefensi re-
« rum possessionem aut venditionem patiantur,
« vel pignoris distractionem vel pœnæ commit-
« tendæ actionem, vel injuria rem suam amit-
« tant. » (L. 1. D. *De neg. gest.* III, 3). Les Romains, en effet, durent souvent se trouver en présence de l'absence. Sans parler des causes naturelles de disparition identiques à toutes les époques, sans rappeler le caractère aventureux et ambitieux d'un peuple qui regardait le monde entier comme sa proie, il suffit de considérer le milieu historique pour en demeurer con-

vaincu : la difficulté des transports dans des pays souvent privés de routes, les dangers de toutes sortes semés par la barbarie antique sous les pas du voyageur, le sort incertain d'expéditions militaires, souvent perdues chez des peuplades sans nom, les usages de la guerre, même entre cités policées — par-dessus tout la rareté, l'irrégularité, l'insécurité des communications — autant de faits favorables à la multiplication des cas d'absence que les historiens nous attestent à l'envi. Si un homme est absent, s'il s'est éloigné du siège habituel de ses affaires, et qu'on soit sans nouvelles de sa personne, il va manquer à l'exercice de ses droits et à l'action des tiers poursuivant contre lui la restitution d'un bien ou l'acquittement d'une dette, à l'administration de son patrimoine tant actif que passif. Sa propriété pourra être démembrée, détruite, usucapée par suite de son inaction ; les servitudes existant au profit de ses immeubles pourront s'éteindre par le non-usage ; des servitudes pourront être constituées sur les immeubles du patrimoine délaissé ; en un mot, ses biens seront en souffrance : comment seront sauvegardés tant d'intérêts compromis ?

On dut d'abord ne point permettre au premier venu de s'immiscer dans le patrimoine de l'absent pour en prendre la direction. La propriété est, en effet, le droit le plus sacré dans la

vieille législation romaine. On retrouve une trace de cet état de choses dans ce texte de Pomponius : « Culpa est immiscere se rei ad « se non pertinenti. » (L. 36. D. *De div. reg. jur. ant.* L. 17).

La première forme de la *procuratio* a dû se produire dans le cas suivant. Un individu, prévoyant les difficultés qui pouvaient naître en son absence, laissait, avant son départ, un ami pour le remplacer à la tête de sa fortune. Celui qui était ainsi nommé *procurator* n'était lié que *ex officio atque amicitia*¹, car le mandat n'existait pas encore en tant que contrat; il n'était pas productif d'obligations et n'établissait qu'une obligation morale.

Mais, si l'absent n'avait pas laissé de *procurator*, il fallait bien cependant que ses biens ne restassent pas dans l'abandon. On permit alors à tout le monde de s'obliger par la *negotiorum gestio*, à l'esclave, au fils de famille, à la femme, au mineur lui-même. (L. 3 § 4, D. *De neg. gest.* III, 5.) Ce *negotiorum gestor*, c'est un administrateur volontaire des biens de l'absent; c'est aussi un *procurator*.

La notion de la *procuratio* se dégage donc nettement : le *procurator* est celui qui gère l'ensemble des affaires d'une personne absente, qu'il ait ou n'ait pas reçu mandat.

1. Paul. L. 1 § 4, D. *Mand. vel contra.*, XVII, 1.

De cette définition ressortent les trois caractères suivants :

1° Le *procurator* gère l'ensemble des affaires d'une personne, non une affaire en particulier ;

2° Il gère l'ensemble des affaires d'une personne absente ;

3° Il existe, qu'il ait ou non mandat.

Reprenons ces trois caractères :

1° Le *procurator* gère l'ensemble des affaires d'une personne. — Cela résulte de la signification même du mot *procurator* ; le *procurator*, en effet, est celui qui remplit les fonctions d'un *curator*. Or, le *curator* a la tâche de veiller à l'administration de l'ensemble des biens d'une personne qui est en curatelle. Les textes qualifient son intervention d'*administratio*. Cela résulte encore d'un passage tiré du *pro Cæcina*, n° 20, où Cicéron donne la signification technique du mot *procurator* : « Is qui legitime procurator dicitur omnium rerum ejus qui in Italia non sit, absitve reipublicæ causa, quasi quidam pæne dominus, hoc est, alieni juris vicarius. » Cela résulte enfin de la loi 1 § 1 D. *De proc.* III, 3 : « Procurator autem vel omnium rerum... esse potest constitutus », et de la loi 3 § 2, D. *Judic. sol.*, XLVI, 7 : « Procuratorem eum accipere debemus, cui mandatum est, sive hujus rei tantum mandatum suscepit, sive etiam universorum bonorum. »

2° Le *procurator* administre les biens d'une personne absente. — Ce deuxième caractère découle de la nature même des choses ; c'est le cas d'absence qui explique l'intervention d'une personne dans les affaires d'une autre. C'est lorsqu'une personne est absente qu'un *procurator* est nécessaire. Cela résulte d'abord du passage de Cicéron, sus-indiqué. Le même auteur nous montre, encore dans le *Pro Quintio*, n° 19, que c'était une habitude de laisser un *procurator* toutes les fois qu'on s'absentait : « quoties Nævius in Galliam
« profectus est, procuratorem Romæ reliquit. » Cela résulte aussi d'un passage de Pseudo Ascanius, *In divinationem*, § 11 : « Qui defendit alterum
« in judicio aut patronus dicitur si orator est,
« aut advocatus si jus suggerit aut præsentiam
« suam commodat amico, aut procurator si
« absentis negotium suscipit ; aut cognitor si
« præsentis causam novit, et sic tuetur ut suam.
« Ergo cognitorem dixit modo familiarissimum
« defensorem. » Cela résulte encore d'un fragment de Festus : « Cognitor est, qui litem alterius
« suscipit coram eo cui datus est. Procurator autem absentis nomine actor fit. »

3° Le *procurator* existe, qu'il ait ou non mandat. Le terme de *procurator* s'applique aussi bien au gérant d'affaires qu'au mandataire, et réciproquement, la définition de la gestion d'affaires

faïres s'applique en cas de *procurator* mandataire : « Si quis negotia alterius, sive quis « negotia, quæ cujusque cum is moritur fuerint, « gesserit, judicium eo nomine dabo. » La controverse signalée par Gaius, iv § 84, est un vestige du passé : « Quin etiam sunt qui putant « eum quoque procuratorem videri cui non sit « mandatum, si modo bona fide accedat ad « negotium et caveat ratam rem dominum habiturum » Un passage des sentences de Paul (*Consultatio veteris jurisconsulti*, III § 6) montre que le *procurator* existe, qu'il ait ou non mandat : « Voluntarius procurator, qui se negotiis « alienis offert, rem ratam dominum habiturum « cavere debet ».

L'existence d'un mandat n'est-elle nécessaire dans aucun cas ? Le *procurator*, étant dans sa physionomie primitive celui auquel est confié l'ensemble des biens d'une personne absente, peut représenter cette personne en justice : la question est de savoir si l'inutilité du mandat s'applique dans le cas de représentation en justice.

Il est certain que le *procurator*, qu'il ait ou non mandat, peut se présenter au nom de l'absent comme défendeur ; mais, quand il s'agit d'intenter une action, on ne peut accepter une manière de voir aussi large.

Le *procurator* demandeur doit avoir reçu mandat.

On a contesté cette solution, et on a allégué la loi 8 Pr. *De neg. gest.*, III, 5 : « Si autem is
« fuit, qui negotia administravit, a quo manda-
« tum non exigebatur posse ei imputari, cur
« oblata de rato cautione eum non convenit : si
« modo facile ei fuerit satisfacere. » De ce pas-
sage, dit-on, on peut tirer cette conclusion que
le tiers actionné peut exiger du représentant la
preuve de son mandat ; que, s'il ne le fait pas ce-
pendant, il subira l'action moyennant caution.

On a encore allégué la loi 19, § 3, D. *eod. titulo* : dans ce texte, on exige même du *procurator* qu'il se suscite un contradicteur, qu'il donne mandat de l'actionner lui-même, s'il est en train d'usucaper la chose du défunt.

Les textes cités ne préjugent rien de la ques-
tion. Le premier texte invoqué parle de la cau-
tion *de rato*, c'est-à-dire de la caution dont le
but est de garantir le défendeur contre le renou-
vellement de l'action. Le promettant par cette
caution s'engage à faire ratifier. On peut donc
dire que c'est grâce à une présomption de man-
dat que le *procurator*, dans ce cas, peut intervenir.
Ce qui corrobore notre opinion, ce sont les ter-
mes restrictifs employés par le texte : *Si modo fa-
cile ei fuerit satisfacere*. Le § 84 du Commentaire iv
de Gaius nous offre, d'ailleurs, un exemple d'ad-
mission du *procurator* demandeur sans mandat
à agir comme étant présumé avoir reçu mandat.

Le deuxième texte allégué, la loi 19, § 3. D. *De neg. gest.*, III, 5, se rapporte à une hypothèse spéciale : de ce texte, on ne peut raisonnablement déduire que le *procurator* peut agir comme demandeur sans mandat, si on examine de près les termes qu'il emploie : *Nec videris dolum malum facere in hac subjectione*. Si, dans cette circonstance, on ne commet pas de *dolus malus*, c'est donc qu'on en commettrait en toute autre.

Si on n'avait pas de textes, on serait donc fondé à dire que, de même qu'à l'époque classique, le *procurator* ne peut agir comme demandeur sans mandat. Il n'y a d'exceptions que relativement à un certain nombre de personnes indiquées par la loi 35, Dig. D. *Proc. et def.*, III, 3¹.

Mais, au titre de *negotiis gestis*, nous trouvons la preuve qu'il en est ainsi : dans la loi 6, § 12, Julien déclare que le *procurator* ne peut poursuivre les débiteurs sans mandat : « ... quoniam
« conveniendi eos (debitores) iudicio facultatem
« non habuit, qui nullam actionem intendere
« potuit..... » Dans un autre texte, le même jurisconsulte va même jusqu'à réclamer l'intervention du préteur pour empêcher le *falsus procurator* de compromettre les intérêts de l'absent. (L 13 § 2, D. *De op. nov. nunciat*, XXXIX, 1) : « Si

1. Voyez aussi la loi 40, § 4, *De Proc. et def.*, III, 3.

« procurator interveniat, id agere prætorem
« oportet, ne falsus procurator absenti noceat;
« cum sit indignum, quolibet interveniente be-
« neficium prætoris amitti. »

Tels étaient les caractères primitifs du *procurator*.

Recherchons quelles étaient ses fonctions.

Le *procurator* est obligé d'administrer en bon père de famille le patrimoine abandonné ; il peut éteindre les créances de l'absent en en recevant paiement ; il a l'obligation de lutter contre les forces destructives de la nature aussi bien que contre l'usurpation des hommes. C'est lui qui rétablira les édifices ruinés, qui rendra la fécondité aux champs envahis par l'eau ou les végétations parasites, qui remplacera les meubles égarés ou dégradés, les denrées gâtées, les esclaves en fuite, les richesses pillées : tout est question de fait dans la gestion ainsi considérée, et nous n'avons pas à insister. Mais les préjudices que peut éprouver l'absent ont tous ou presque tous leur source dans l'impossibilité d'agir contre les tiers usurpateurs ou débiteurs et de défendre à l'action des tiers, propriétaires, possesseurs ou créanciers ; c'est donc dans son rôle judiciaire que le *procurator* prendra toute son importance. Dans le *Pro Quintio*, xix, Cicéron montre comment Alphenus, qui s'est constitué *procurator* pour Publius, a rempli ses

fonctions : « Quand donc le *procurator* a-t-il eu, pour la première fois, occasion de défendre l'absent ? Est-ce lorsque vous affichiez l'envoi en possession ? Eh bien, il s'est présenté, il s'est opposé à votre entreprise : Alphenus a ôté vos affiches ; le *procurator* de Publius a fait avec le plus grand zèle le premier acte qu'exigeait son devoir. Voyons la suite. Vous arrêtez sur la voie publique un esclave de Publius, vous cherchez à l'emmener : Alphenus ne le souffre pas ; il vous l'arrache de force, il le fait reconduire chez son maître. En cela encore il a rempli les devoirs d'un *procurator* zélé. Vous dites que Publius vous doit ; son *procurator* le nie. Vous proposez un ajournement, il l'accepte. Vous l'appellez devant le prêteur, il s'y rend. Si ce n'est pas là défendre un absent, je n'y conçois plus rien. Mais quel était ce *procurator* ? Peut-être un homme sans aveu, sans ressource, sans foi, un plaideur de profession, un homme capable d'endurer les insultes journalières d'un bouffon parvenu. Rien moins que cela : c'était un chevalier Romain, etc. ».

Les actes de gestion ainsi établis par le *procurator* pendant l'absence du *dominus* établissaient entre eux des rapports qu'il nous faut maintenant étudier.

M. Wlassak ¹ pense que ces rapports étaient

1. Wlassak. *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, Iéna 1879, p. 140.

régis par les actions *negotiorum gestorum*, dans tous les cas. C'est ainsi que, selon lui, on trouve dans la loi 3 § 10 la preuve manifeste de la portée générale de la *negotiorum gestio*.

« Hac actione tenetur non solum is qui
« sponte, et nulla necessitate cogente, immis-
« cuit se negotiis alienis, et ea gessit, verum et
« is qui aliqua necessitate urgente vel necessi-
« tatis suspicione gessit. »

Dans ce texte, à celui qui intervient spontanément, on oppose celui qui n'intervient que sous le coup de quelque nécessité ; et par nécessité, dit-on, il faut entendre nécessité juridique : tel est le cas du mandataire.

Cette interprétation n'est pas exacte. Remarquons d'abord que ce texte est d'Ulpien, c'est-à-dire qu'il appartient à une époque où la *negotiorum gestio* commençait à se constituer définitivement. Ensuite, le mot *necessitas* veut dire nécessité naturelle, c'est-à-dire relative aux biens qu'il s'agit de gérer. Si le gérant intervient après une inondation, un incendie par exemple, il est nécessaire de dire que dans ce cas il sera tenu d'une action.

Le *procurator* n'était pas lié dans tous les cas par la *negotiorum gestio* envers le *dominus*. S'il n'était pas intervenu spontanément, il n'était primitivement tenu d'aucune obligation,

il avait seulement des devoirs, *officia* ¹, à remplir. L'observation de ces devoirs était garantie, non par les lois, mais par les mœurs. Le *procurator*, dans ce cas, était tenu moralement, la *fides* lui faisait un devoir de tout faire dans l'intérêt du *dominus*; quand il manquait à ce devoir, il agissait *perfide*, *contra bonam fidem*; mais cela était rare. La *fides* était d'ordinaire très religieusement gardée, comme étaient religieusement exécutés les fidéicommis. Les mœurs avaient, d'ailleurs, pour gardiens officiels et vigilants les censeurs, qui déclaraient infâmes et frappaient d'une espèce de dégradation civique ceux qui bravaient l'opinion et s'écartaient des mœurs reçues. Avant les censeurs et concurremment encore avec eux, l'observation de ces devoirs avait trouvé une sanction dans la religion.

Plus tard, l'infidélité du *procurator* mandataire fut considérée comme un délit contre la *fides*, et on commença par donner contre lui une action *ex delicto*. Le même phénomène s'est passé à propos du gage, du commodat et du dépôt : dans ces diverses opérations, la simple tradition accompagnée d'une convention fut

1. « Non possumus omnia per nos agere. Alius in alia est re magis utilis. Idecirco amicitiae comparantur ut commune commodum « mutuis officiis, gubernetur ». Cicéron *Pro Roscio Amerino*, 38. Ed. d'Olivet, t. iv, p. 84.

d'abord considérée comme un fait dépourvu d'efficacité juridique, puis on admit que le fait par l'*accipiens* de refuser la restitution de la chose, ou d'en faire un usage contraire à la convention, constituait un délit contre la *fides*, sanctionné par une action *ex delicto*. Ihering¹, pour démontrer le caractère pénal de l'action *mandati* au début, s'appuie sur un passage décisif de l'*Auctor ad Herennium*. « Mais, même à l'époque où déjà une action protégea le mandat comme tel, dit-il, l'idée originaire de l'action de délit continua encore à produire ses effets pendant un certain temps : tel était encore le cas à la fin de l'avant-dernier siècle de la république. En effet, l'*Auctor ad Herennium* nous apprend qu'à cette époque, des deux préteurs (Sextus Julius César, préteur en 631, et M. Livius Drusus l'Ancien, tribun en 632), l'un refusait, l'autre accordait l'action *mandati*, c'est-à-dire que l'un y voyait encore une action de délit, tandis que l'autre la considérait déjà comme une action contractuelle. »

Mais, si le *procurator* était intervenu spontanément, sans être sollicité par le *dominus*, les rapports juridiques qui s'établissaient entre eux deux, étaient alors régis par les actions *negotiorum gestorum directa et contraria*.

¹ Ihering. *De la faute en droit privé*, p. 40.

On a soutenu ¹ que les deux actions étaient nées simultanément. La preuve s'en trouve, dit-on, dans les termes généraux employés par l'Édit. Puis Ulpien, éclairant le sens de l'Édit, vise indifféremment les deux sortes d'actions. La l. 3 § 4 s'applique également à l'une et à l'autre action. La loi 3 §§ 9 et 10 prévoit l'hypothèse de l'action *directa* ; la loi 3 § 11 suppose l'action *contraria*. D'autre part, les textes nous montrent que la gestion d'affaires était considérée comme bilatérale : « Itaque eo casu ultro citroque nascitur actio quæ appellatur negotiorum gestorum. (L. 2. D. *De neg. gest.* III, 5.) Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones quæ appellantur negotiorum gestorum (Institutes, liv. III, 27 § 1) « utilitatis causa receptum est invicem eos obligari » (Loi 5 Pr. D. *De obligat. et act.* XLIV, 7).

On a soutenu ² aussi que, des deux actions, la plus ancienne était l'action *negotiorum gestorum contraria*. On invoque surtout ce fait que les jurisconsultes, étudiant les motifs de l'action *negotiorum gestorum*, indiquent la nécessité qu'il y a de donner un recours à celui qui a géré les affaires d'un absent. (L. 1 et L. 2 D. *De neg. gest.* III, 5 ; loi 5 Pr. *De obligat. et act.*, XLIV, 7. Aux

1. Zimmermann, *Aechte und unaechte Negotiorum Gestio*. Giessen, 1873. (§ 2, p. 11 et 12.)

2. Dankwart, *Die Negotiorum Gestio*, § 4, p. 7, 8 ; § 15, p. 17, 18.

Institutes, livre III, 27, il est clairement démontré que, pour empêcher le patrimoine de l'absent d'être en souffrance, le seul moyen est d'accorder une action à celui qui se charge de la gestion.

Selon nous, l'action la plus ancienne est l'action *negotiorum directa*.

Il semble inadmissible que la *negotiorum gestio* ait eu, dès le début, le caractère synallagmatique. Ce caractère se heurte à cette considération que les opérations du droit primitif sont unilatérales. Le jurisconsulte Ihering, établissant le caractère unilatéral simple des rapports entre les hommes, écrit: « Le droit ancien connut-il jamais des rapports dans lesquels le droit et l'obligation ou le droit contraire fussent confondus dans l'unité d'un seul et même principe? Nous répondons: non et sans réserve. Tous les rapports de l'ancien droit sont essentiellement unilatéraux. » Il serait d'autant plus singulier de dire que la *negotiorum gestio* a été tout d'abord un acte synallagmatique, qu'elle est un contrat synallagmatique imparfait. L'obligation qui naît directement de la gestion d'affaires est l'obligation de rendre compte, tout comme l'obligation qui naît directement du dépôt, du gage ou du commodat est l'obligation de restituer. Aucune obligation réciproque ne naît du fait de la gestion; car, pour qu'il y ait obligation réciproque, il faut supposer des

dépenses faites par le *procurator*. Si l'opération n'a pas le caractère synallagmatique, les Romains ne peuvent lui avoir attribué ce caractère à ses débuts. Le dépôt et le commodat, d'ailleurs, ont été considérés d'abord comme des opérations unilatérales. La seule action envisagée en effet est l'action *directa*. (L. 1. Pr. D. XIII, 6, L. 1 § 1, XVI, 3). Si ces opérations ont été d'abord unilatérales, il doit en être de même de la *negotiorum gestio*.

Puisque les deux actions ne sont pas nées simultanément, c'est l'action *negotiorum gestorum directa* qui doit être née la première ¹.

Pourquoi, en effet, les actions naissant du dépôt, du gage et du commodat ont-elles été qualifiées de *directæ*? C'est que ces actions sont tellement essentielles, qu'on ne peut supposer de telles opérations sans que ces actions prennent naissance. De cette qualification on peut déduire que l'action *directa* est la plus ancienne.

On pourrait nous objecter que l'action *funeraria* est une espèce d'action *negotiorum gestorum contraria*. Cette action, en effet, est donnée à une personne bénévole qui a fait des frais pour l'inhumation d'une autre, afin qu'elle puisse

1. Bekker. *Die Actionen des römischen Privatrechts*, I, 150.— Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, § 13 p. 184.

recouvrer ses dépenses. Mais l'action *funeraria* était motivée par des circonstances particulières. Le texte de l'Édit s'exprime d'une façon tout autre qu'en cas de *negotiorum gestio*. (L. 12 § 2, D. *De relig. et sumpt. funer.*, xi, 7.)

Si l'on pouvait se fier aux nomenclatures faites par Cicéron, on pourrait dire qu'il résulte d'un passage des *Topiques*, xvii, que l'action *contraria* n'existait pas encore à cette époque : « Illi » (les jurisconsultes)... quid eum, qui negotia « aliena curasset, ei, cujus ea negotia fuissent... « tradiderunt. » Mais les nomenclatures du philosophe et de l'orateur ne sont pas complètes : dans le *De natura deorum*, iii § 30, le *De officiis*, iii § 17, le *Pro Cæcina*, iii § 7, la gestion d'affaires est oubliée. Il est très vraisemblable, d'ailleurs, que l'action *contraria* était connue du temps de Cicéron.

Examinons maintenant les objections faites à notre système.

Il est facile de répondre à l'objection que les motifs indiqués par les jurisconsultes concernent l'action *contraria*.

Si les jurisconsultes ont surtout en vue l'action *contraria*, c'est qu'ils se placent au point de vue pratique : l'action *contraria*, qui favorise la gestion en assurant un recours au gérant contre le *dominus*, leur apparaît comme la plus utile.

Et puis en réalité, seule, l'action *contraria* a

besoin d'être motivée : il n'y a rien de plus naturel que de donner une action à l'absent contre le *procurator*. Si l'on motive l'action *contraria*, c'est qu'il paraît moins naturel de donner cette action au *procurator* qui gère librement, spontanément, sans avoir reçu mandat.

On objecte encore qu'il est bizarre de supposer que le prêteur ait accordé une action contre le *procurator*, et qu'il ait admis que le *procurator*, s'il a fait des dépenses utiles, soit dénué de toutes espèces de recours.

L'hypothèse d'une dépense faite pour le compte du *dominus* sur la propre fortune du *procurator* est invraisemblable, étant donnée la nature de la *procuratio* à l'origine. Le *procurator*, étant à l'origine le gérant de l'ensemble des affaires de l'absent, paie les dettes, les dépenses avec l'actif qu'il a entre les mains. D'ailleurs, cette hypothèse d'un gérant faisant des dépenses avec sa fortune ne devait pas se présenter en pratique ; car le Romain ne faisait pas de dépenses inutiles ; il avait un caractère avare, défiant, âpre au gain, et la libéralité lui était un acte peu familier.

Il y a plus : on peut soutenir que le *procurator* avait un recours lorsqu'il avait effectué un paiement au nom du *dominus*. Ce recours, il pouvait l'exercer par une action particulière, l'action *depensi*.

M. Maynz¹ pense que l'action *depensi* a été la forme première de l'action *mandati contraria*. Si l'on admet que l'action *negotiorum gestorum* a précédé l'action *mandati*, on peut dire quelle a été la forme première de l'action *negotiorum gestorum*.

L'action *depensi* suppose effectué un *depen-sum*: *dependere*, c'est faire, *per aes et libram*, un paiement pour le compte d'un tiers. Dans ce cas, celui qui avait payé avait une *manus injectio pro judicato*. La loi Publilia a donné cette voie de recours au *sponsor*. (Gaius, iv, § 22.) Lorsque la loi Vallia eut permis à celui qui subissait la *manus injectio* de *pro se agere* en fournissant un *vindex*, la *manus injectio* donnée au cas de *depen-sum* fut remplacée.

Cette action a un caractère pénal, et est donnée *in duplum contra infitiantem*. (Gaius, iv, § 171; Sentences de Paul, i, 19, § 1.)

Ces deux textes sont généraux; ils parlent de l'action *depensi* sans distinguer les personnes à qui elle est donnée.

L'action *depensi* donnée au *sponsor* est encore mentionnée par Gaius, iii, § 127.

En vertu de la loi Publilia, les *sponsores* ont une action au double qui s'appelle l'action *depensi*.

1. Maynz, *Cours de Droit romain*, t. II, § 306, 1.

Si on rapproche ce texte du Com. iv, § 22, qui donne aux *sponsores*, en vertu de la loi Publilia, une *manus injectio pro judicato*, on trouve une contradiction, qui peut s'expliquer si la *manus injectio* s'est changée en action *depensi*.

Le défendeur à l'action *depensi* doit fournir la caution *judicatum solvi* (Gaius, iv, § 102), et le *vadimonium*, pour le cas où on agit par cette action, porte sur le *quanti ea res erit*. (Gaius, iv, § 186.)

Les textes permettent de penser que l'action *depensi* n'était pas restreinte au cas du *sponsor* qui a fait un *depensum*, bien que Gaius dise que celui-ci a une *propria actio*.

D'après M. Voigt ¹, elle aurait été restreinte à certaines hypothèses spéciales de cautions; elle ne se serait donnée qu'au *præs, sponsor, vas, vindex*.

Il n'y a pas de raisons suffisantes pour restreindre l'étendue de cette action; elle se justifie quand il y a *depensum* pour un tiers: elle a donc pu être donnée au *procurator* contre le *dominus*. Mais cette action n'a pas duré: elle a été remplacée par l'action *negotiorum gestorum contraria*.

Telles étaient les actions réglant les rapports juridiques entre *procurator* et *dominus*.

1. Voigt. *Ueber das Vadimonium*, Leipzig, 1881, p. 8.

SECTION II

Transformation de la « procuratio » primitive par suite de l'apparition du contrat de mandat

La notion primitive de la *procuratio* s'est transformée à la suite de l'évolution suivie par le mandat. La fusion des deux institutions, qui s'est produite petit à petit sans doute, doit être considérée comme réalisée à l'époque classique. Lorsque l'idée d'un rapport contractuel entre le mandant et le mandataire se fut fait jour, et que le mandat fut rangé au nombre des contrats *consensu* et de bonne foi, la *procuratio* servit à désigner le mandat.

L'histoire de ces deux institutions, pourtant, est complètement indépendante.

L'action *mandati* est certainement d'origine postérieure à l'action *negotiorum gestorum*, qui servait à régler les rapports entre *dominus* et *procurator* ; car, si l'action *mandati* avait existé au moment de la promulgation de l'Édit de *negotiiis gestis*, celui-ci aurait dû distinguer si le *procurator* était mandataire ou non.

L'action *mandati* n'existait pas encore à l'époque de la loi Aquilia. Le second chef de cette loi, en effet, réprimait l'infidélité de l'*adstipulator* qui avait fait acceptilation en fraude des

droits du créancier principal; et l'*adstipulator*, dans ce cas, n'était exposé qu'à l'action délictuelle de la loi *Aquilia*, et non à l'action *mandati*.

Elle n'existait pas non plus à l'époque de la loi *Publilia*; car le recours donné au *sponsor* contre le débiteur principal aurait été inutile, si elle avait existé.

Elle existait à l'époque de *Cicéron*, et même auparavant, si l'on s'en rapporte à ce passage du *Pro Roscio*, 38: « In privatis rebus, si quis
« rem mandatam non modo malitiosius gessisset, sui quæstus aut commodi causa, verum
« etiam negligentius, eum majores summum
« admisisse dedecus existimabant ¹. » Dans les *Topiques*, *Cicéron* oppose clairement le *procurator* à celui *cui mandatis*: « Si tutor fidem
« præstare debet, si socius, si cui mandatis, si qui fiduciam acceperit: debet etiam procura-
« tor ². »

Dans tous les cas, alors que la *procuratio* primitive fut générale, le mandat, dans son origine première, fut un mandat spécial; il s'appelle *res mandata* ³: cette expression montre bien qu'il est donné en vue d'un objet individuel.

1. *Cicéron, Pro Roscio*, § 38. — V. aussi *Auctor ad Herennium*, 11, § 13.

2. *Cicéron, Topiques*, x.

3. *Cicéron, Pro Roscio*, § 38; *Pro Cæcina*, 53.

La différence s'est maintenue, quoique le *procurator* fût devenu mandataire ; car les titres qui s'occupent du mandat et de la *procuratio* sont séparés.

D'ailleurs, le but des actions données en cas de *procuratio* et de mandat est différent dans un cas et dans l'autre. En cas de *procuratio*, en effet, le but de l'action *negotiorum gestorum* est de demander compte de l'acte de gestion accompli ; en cas de mandat, au contraire, le but de l'action *mandati*, c'est d'assurer l'observation de la foi jurée en faisant respecter une convention.

Dans le premier cas, en matière de *procuratio*, les actes de gestion sont suffisamment colorés ; le juge trouvera facilement les éléments qui lui permettront de condamner : il n'aura qu'à se demander si le *procurator* qui a eu entre les mains le patrimoine du *dominus* a bien ou mal géré, et à lui faire rendre compte.

Il n'en est pas de même en cas de mandat. Le mandataire a fait une opération isolée sans toucher, comme le *procurator*, à l'administration du patrimoine du mandant. C'est dans la convention seulement, qui est intervenue entre le *procurator* et le *dominus*, que le juge devra chercher les éléments de la condamnation.

Malgré ces points de divergence, le *procurator*, à l'époque classique, n'est plus un *negotiorum gestor* ; c'est un mandataire.

1° D'abord, le *procurator* peut être constitué par une personne présente. Quant à la question de savoir ce qu'il faut entendre par un *dominus praesens*, elle est réglée par les lois 5, 6 et 7 de *De proc.*, III, 3. Les textes semblent même exiger la constitution d'un *procurator* de la personne qui s'éloigne, si celle-ci ne veut pas un jour voir opposer sa négligence à ses réclamations¹. Toutefois, le § 84 du Com. IV de Gaius semble dire que le mandat peut quelquefois se présumer. D'un autre côté, il se peut que le *procurator* laissé par l'absent puisse se transformer en gérant d'affaires. si l'on peut supposer que son consentement n'a pas été librement donné : ainsi l'homme libre possédé de bonne foi comme esclave, chargé par son prétendu maître de le remplacer à la tête de son patrimoine, est censé n'avoir agi que *quasi ex necessitate servili*; plus tard, il ne pourra donc être actionné que par l'action *negotiorum gestorum*. (L. 19 § 2, D. *De neg. gest.* III, 5.) En principe donc, le *procurator* doit avoir reçu mandat. Cela est certain quand il s'agit d'agir en justice, comme nous le verrons en étudiant la représentation judiciaire.

2° Le *procurator* peut ensuite s'occuper d'une seule affaire en particulier; il n'est plus nécessairement l'administrateur de l'ensemble du

1. L. 15 § 1, et L. 16, D. *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6.

patrimoine d'une personne. (L. 1, § 1 *in fine*, D. *De proc.*, III, 3 ; L. 3 § 2, D. *Jud. solv.*, XLVI, 7.) Ulpien reconnaît deux sortes de *procuratores* : c'est, en premier lieu et sans hésitation aucune, celui qui possède un mandat général, le *procurator omnium bonorum*, puis celui à qui l'on a donné le mandat de faire une chose déterminée, le *procurator unius rei*. Pour celui-là, il y avait encore des doutes, et Pomponius, un jurisconsulte très remarquable de l'époque classique, ainsi que l'attestent ses nombreux fragments au Digeste, et les citations exceptionnellement nombreuses dont il est l'objet dans cette compilation, signalait encore des dissidents qui refusaient au *procurator rei* le titre de *procurator*. Néanmoins, on finit par l'admettre, et, dans les textes du Digeste, celui à qui mandat a été donné reçut le nom de *procurator*. Quant à ceux à qui l'on confie le transport d'une lettre ou d'un message, Ulpien leur dénie la qualité de *procuratores*. (L. 1 § 1. D. *De proc.*, III, 3.)

Ainsi s'accomplit la transformation de la *procuratio* à l'époque classique : c'était la résultante de la différence qui s'était établie entre la *negotiorum gestio* et la *procuratio*, lorsque s'introduisit le contrat de mandat.

SECTION III

De la survivance de la « *procuratio totorum bonorum* » à l'époque classique.

Le *procurator* commença par être un *procurator totorum bonorum*. Plus tard, à l'époque classique, alors que la notion de la *procuratio* se fut transformée, la théorie de la *procuratio* générale joua un rôle important dans l'histoire des institutions du droit privé de cette époque. Cette théorie, en effet, se retrouve partout, éparse dans les œuvres des jurisconsultes qui examinent les pouvoirs du *procurator totorum bonorum* dans telle ou telle matière. De là on peut conclure que ce fut une institution utile pour l'époque, et qui rendit de nombreux services à la pratique.

Aujourd'hui, la théorie de la *procuratio totorum bonorum* n'a plus l'utilité qu'elle avait dans le droit romain ; aussi ce serait un tort grave de se placer au point de vue moderne pour examiner l'utilité de cette institution. Souvenons-nous, en effet, que les institutions actuelles les plus parfaites en apparence ont été nécessairement précédées d'institutions plus grossières : le droit n'est pas chose fixe ; il se modifie sans cesse. Les institutions actuelles sont le produit d'une

évolution qui a duré un nombre incalculable de siècles. Elles se sont formées par degrés successifs, sans changements brusques, sous des influences qui continuent à agir et à les transformer. Mais, avec les progrès de la civilisation, les institutions, au lieu de changer et de se modifier disparaissent quelquefois. Rien d'étonnant donc à ce que la *procuratio totorum bonorum*, utile tant qu'elle fut en harmonie avec les mœurs, ait fini peu à peu par perdre de son utilité.

Il en résulte que, pour comprendre les modifications graduellement opérées dans cette institution, il faut se placer en dehors des progrès de notre siècle ; ou plutôt, si on se place au point de vue actuel, il faut examiner les causes de disparition d'une institution qui serait maintenant un rouage à peu près inutile. Pour cette étude, il est nécessaire, est-il besoin de le dire, de se placer dans le milieu historique, afin de comprendre le développement, l'épanouissement et le déclin de l'institution.

Le commerce à Rome fut, à l'origine, inconnu et prohibé ¹. A mesure que les conquêtes amenèrent les richesses, et les richesses le goût du luxe, les négociations, bornées d'abord aux objets de première nécessité, s'étendirent à tout ce

1. *Quæstus omnibus patribus indecorus visum est*, Tite Live, XXI, 63.

qui pouvait satisfaire les besoins nouveaux, qui se développèrent et s'accrurent avec cette incroyable rapidité dont nous parlent les historiens. Une fois le premier pas franchi dans une voie qu'ils s'étaient presque fait un point d'honneur de ne pas aborder, les Romains ne tardèrent pas à se lancer de l'avant dans un chemin tout tracé. M. Pardessus, dans sa collection de Lois Maritimes antérieures au XVIII^e siècle ¹, qui fournit sur le droit maritime des Romains les renseignements les plus intéressants, nous montre que les citoyens de Rome s'emparèrent avec avidité d'une industrie qui présentait une source abondante de profits. « Le commerce, dit-il, pour me servir des expressions de Cicéron, fut plus ou moins estimé selon qu'il était plus ou moins considérable. » Or, le commerce vit d'intermédiaires : ces intermédiaires existaient-ils dans le monde Romain ?

La nécessité de l'absence et, par suite, de la *procuratio totorum bonorum* s'explique facilement, si on considère le rôle peu important que jouent les intermédiaires dans le droit romain. Les auteurs, en effet, ne nous parlent que de la lettre missive et du *nuntius*.

La lettre missive est destinée à transmettre la

¹. Pardessus, *Collection de Lois Maritimes antérieures au XVIII^e siècle*, t. 1. chap. 3.

pensée de son auteur à la connaissance du destinataire; elle fait entre absents office de la parole entre présents. Écrire à une personne absente, parler à une personne présente, dit Bartole, ¹ c'est tout un; et qui envoie une lettre est supposé, lui-même présent, parler à un interlocuteur présent: « Epistola absenti idem est « quod sermo præsentibus, et qui mittit alteri « litteras intelligitur præsens præsenti loqui. » Cujas est plus précis lorsqu'il définit la lettre: Elle ne contracte pas, mais elle annonce que son auteur contracte, « epistola non contrahit, sed « nuntiat dominum contrahere ². » La lettre est purement passive; on ne peut lui prêter aucune initiative propre. Elle ne représente au destinataire qu'une volonté passée, c'est-à-dire le consentement de son auteur au moment où il l'a écrite, où il l'a expédiée. La lettre missive a conservé de nos jours le caractère qu'elle avait dans le droit romain; mais son usage a pris une extension considérable, due à la rapidité de son transfert et à la modicité de son prix. A Rome, il fallait avoir recours à des esclaves désignés par les noms de *celeripedes*, ³ *servi a pedibus*, ⁴

1. Bartole, sur L. 4, D. *De donat.*

2. Cujas. sur liv. IV, tit. 50, C. *si quis alteri.*

3. Cicéron, *ad Attic.* IX, 7.

4. *Ibid.* VIII, 5.

cursores,¹ *tabellarii*,² à des individus salariés envoyés exprès,³ moyens coûteux auxquels on ne recourait pas sans une grande nécessité, ou bien à l'obligeance d'un ami qui faisait le voyage pour son compte,⁴ et alors l'occasion seule pourvoyait aux besoins des absents. Les tabellaires des gouverneurs de provinces se chargeaient aussi quelquefois des lettres des particuliers adressées à des personnes demeurant, soit dans le pays où ils se rendaient, soit dans ceux qu'ils traversaient. Mais tantôt ils lisaient les lettres qui leur étaient confiées,⁵ tantôt ils en prenaient si peu de soin, que les intempéries les rendaient illisibles⁶; souvent même, ils égaraient les missives ou ne les portaient pas à destination⁷. Il y avait bien un service, *cursus publicus*, établi par Auguste pour relier certains points de l'empire à la capitale; mais ce service, qui avait surtout pour but d'informer le gouvernement de l'état d'esprit dans les provinces, n'acceptait pas les dépêches des particuliers.

Quant au *nuntius*, c'est un instrument animé

1. Martial, III, 100, 1.

2. Cicéron, *ad fam.* XVI, 5; XII, 2; *ad Attic.*, II, 9.

3. Cicéron, *ad fam.*, III, 3; *ad Attic.* V, 15.

4. Cicéron, *ad Quinct. frat.* III, 1; *ad fam.*, XVI, 5.

5. Cicéron, *ad Attic.* I, 13 et 18; VI, 4 et 5; XV, 4.

6. Cicéron, *ad Quinct. frat.* II, 12.

7. Cicéron, *ad Attic.* II, 13; Pline le Jeune, *Epist.* IX, 28; Ovide, *Tristes*, IX, 7.

qui transmet la parole d'une personne à une autre ; c'est un porte-voix, un serviteur qui porte dans sa bouche les paroles de son maître, une pie qui les répète : « Vivum organum, quo
« mediante vadit vox unius ad alium, sicut alius
« loqueretur per buccinam (Bartole) »¹ ; « gerulus
« verborum domini qui portat in ore suo verba
« domini » (Alciat)² ; « nuntius est tanquam pica
« et viva vox mittentis ». En un mot, ce n'est
qu'un instrument : « Minister est tantum, præ-
« tat nudum ministerium »³. » (Cujas.) Le *nuntius*
ne parle pas en son propre nom, et il n'est pas
engagé au contrat où il a servi d'intermédiaire ;
mais il ne doit pas être pour cela assimilé au
procurator : il existe entre eux des différences
profondes. Le *nuntius* conserve, vis-à-vis du
tiers contractant, une attitude passive au point
de vue du consentement à donner ; il est privé
d'initiative, et ne peut prendre aucune partici-
pation personnelle au contrat. Le *procurator*
au contraire contracte, et contracte en son nom
personnel. Lorsqu'il s'agit de remplir un acte
juridique qui exige une expression de volonté
et, partant, une certaine liberté d'action de la part
de celui qui doit servir d'intermédiaire à l'une
des parties, on comprend aisément qu'un simple

1. Bartole, sur L. xiv, D. *De pec. const.*

2. Alciat, sur l. xxxviii, D. *De verb. oblig.*

3. Cujas, sur liv. xxix, *Pauli ad edictum*, L. 13.

nuntius ne puisse être chargé d'une mission de ce genre. La théorie très savante dans laquelle M. de Savigny ¹ tente d'assimiler le *nuntius* au *procurator* est inexacte. Suivant cet auteur, tout mandataire qui parle au nom d'autrui est un représentant; le *nuntius* comme les autres ou plus que les autres, puisque ce terme désignerait spécialement un représentant, tandis que le *procurator* serait un terme générique plus compréhensif. Le seul texte d'Ulpien, L. 1 § 1, Dig. *De proc.* III, 3, suffit pour faire tomber cette théorie, que nous n'avons pas à réfuter.

Tels sont les intermédiaires connus dans la législation romaine, intermédiaires bien imparfaits, comme on peut en juger ². Dans un pays où les communications entre absents étaient organisées d'une façon aussi défectueuse, où de plus la représentation était interdite, il n'est pas surprenant que la *procuratio totorum bonorum* ait gardé pendant longtemps une grande importance. On comprend également pourquoi cette institution n'aurait pas grande utilité à l'époque actuelle. Outre, en effet, que la représentation est admise, les institutions et les découvertes modernes procurent d'autres moyens de contracter

1. De Savigny, *Droit des Obligations* (trad. Gérardin et Jozon', § 56, p. 193.

2. Hudemann, *Geschichte der römischen Postwesens während der Kaiserzeit*. 2^e éd., Berlin 1878.

entre absents que par l'entremise d'une personne qui fournit, par sa bouche ou par l'écrit qu'elle porte, la manifestation de volonté requise : poste, télégraphe, téléphone, phonographe, sont des moyens de transmettre la pensée humaine à distance.

Il est un autre caractère du droit romain qui explique la nécessité de la *procuratio totorum bonorum* à Rome : c'est que, toujours, il resta quelque chose du formalisme primitif. Ainsi, la stipulation, qui fut par excellence le type du contrat à Rome, et qui subsista jusqu'au dernier moment où la législation romaine fut en vigueur, la stipulation qui s'adaptait à merveille à toutes les combinaisons que comportent les obligations, toute convention venant s'y modeler comme dans un moule, ne fut jamais permise à Rome entre absents. Et pourtant, dans le cours de sa longue existence, elle perdit peu à peu, au contact de la pratique, ses caractères artificiels. « C'est là, dit M. de Savigny ¹, une conséquence digne de remarque de l'origine du droit romain, proportionné d'abord à l'étendue d'une seule cité. » Ulpien, il est vrai, croit signaler un procédé pour s'engager entre vifs, entre absents. Faites stipuler votre esclave ou votre fils, dit-il ;

1. De Savigny, *Droit des Obligations*, § 74. (Traduc. Gérardin et Jozeu.)

le bénéfice de la stipulation vous appartiendra en vertu du droit civil, et, en vertu du droit prétorien, la promesse vous liera. Mais c'est là une atteinte plus apparente que réelle à l'essence de la stipulation.

L'esclave et le tiers avec qui il contractait dans cette ferme étaient bien présents l'un vis-à-vis de l'autre. Si les bénéfices et les charges du contrat se transmettaient au père de famille absent, c'était par l'effet de la confusion de la personne juridique de l'esclave ou du fils avec celle du maître ou du père : aussi, rien de semblable n'existe pour les *extranei*.

Sans doute, les actions dites *adjectitice qualitatis*, et en particulier l'action *exercitoria*, qui occupent dans le droit une place très modeste, furent importantes en elles-mêmes, surtout par l'extension donnée à leurs règles et aux réformes dont elles furent le point de départ dans la théorie de la *procuratio*. Mais, qu'on le remarque bien, l'esclave, le fils de famille, sont traités avec une certaine défiance par la législation romaine. La probité n'est point la qualité maîtresse des anciens ; le fils et l'esclave investis des pouvoirs du maître ou du père qui leur avait confié la tâche de traiter avec les étrangers de nombreuses affaires, durent en user largement quelquefois. Le maître dut souvent trouver plus prudent de diriger son entreprise, d'au-

tant plus que, comme le dit M. Pardessus, « les grands avantages que retirait l'État du commerce le placèrent au premier rang et au plus haut degré de faveur. » Dans ce cas, le maître abandonnait l'administration de ses biens à un *procurator totorum bonorum* pour se livrer tout entier à ses entreprises.

Il est d'autant plus vraisemblable qu'il en était ainsi, que la commission, telle que nous l'entendons, fut inconnue à Rome : du moins, on ne trouve aucune trace de son existence dans la jurisprudence romaine. Il y avait bien des *institores*, qui étaient des préposés chargés de diriger, dans un lieu déterminé, toutes les opérations relatives au service de leur patron ; mais ils ne ressemblaient guère aux commissionnaires, qui sont des mandataires chargés, moyennant un tant pour cent, d'une affaire déterminée et spéciale, et qui sont des agents, non plus d'une seule personne, mais de tous ceux qui veulent avoir recours à leur intermédiaire. On conçoit facilement l'avantage que présente l'emploi des commissionnaires sur celui des *institores* du droit romain, puisque ces derniers, s'occupant des affaires d'un seul patron, sont complètement à sa charge et ne peuvent être, dès lors, employés que dans les lieux où le patron a des intérêts assez importants, des affaires assez multipliées pour

exiger la présence continuelle d'un intermédiaire.

Par suite des nécessités sociales, l'emploi de la *procuratio totorum bonorum*, dont la formation rapide et facile ne réclamait ni solennité, ni même présence effective des parties, s'imposait donc à la prudence de celui qui allait s'absenter pour quelque temps ; car, si les droits de l'absent venaient à être démembrés ou détruits par suite de l'inaction de celui-ci, le préteur ne venait pas à son secours pour corriger les iniquités du *strictum jus* ; *nam non negligentibus succurritur* (L. 16, *Ex quib. caus. maj. in integ. rest.* D. iv, 6), et c'est une négligence coupable de ne pas constituer de *procurator totorum bonorum* au moment du départ.

L'utilité de la *procuratio totorum bonorum* à l'époque classique est donc évidente. Déterminons maintenant l'étendue du mandat conféré au *procurator totorum bonorum*.

Les textes semblent distinguer deux sortes de *procuratio totorum bonorum*, donnant au *procurator*, les uns des pouvoirs de simple administrateur, les autres des facultés de disposition qui dépassent de beaucoup les pouvoirs restreints du premier : quels seront donc les droits et les devoirs du *procurator totorum bonorum* dans le cas, de beaucoup le plus fréquent, où les parties n'auront rien déterminé à ce sujet ?

La question, vivement controversée dans sa plus grande généralité, emprunte, en cas d'absence, une gravité tout exceptionnelle, à cause de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'absent de surveiller les actes de son représentant et de rétablir, au moins pour l'avenir, le sens de ses intentions véritables.

Un premier système distingue, comme semblent le faire les jurisconsultes eux-mêmes, le cas où le mandat a été donné *simpliciter* et celui où il l'a été *cum libera administratione*. Les textes prévoient et opposent nettement les conséquences diverses de l'un ou de l'autre contrat. Modestin, par exemple, restreint ainsi qu'il suit les pouvoirs ordinaires du *procurator totorum bonorum* :
« Procurator totorum bonorum, cui res admi-
« nistrandæ mandatæ sunt, res domini neque
« mobiles, vel immobiles, neque servos sine
« speciali mandatu alienare potest: nisi fructus,
« aut alias res quæ facile corrumpi possunt. »
(L. 63. D. *De proc.* III, 3.) Ainsi, le *procurator* constitué *simpliciter* ne peut aliéner que les choses périssables et les fruits des récoltes. Paul, au contraire, supposant la *libera administratio*, donne au *procurator* le droit de changer une chose pour une autre, et même de payer les créanciers : « Procurator, cui generaliter libera
« administratio rerum commissa est, potest exi-
« gere, aliud pro alio permutare. Sed et id quoque

« mandari videtur, ut solvat creditoribus. » (L. 58 et 59, D. *De proc.* III, 3.)

Scævola déclare enfin que le mandataire constitué *simpliciter* n'oblige pas le *dominus* en reconnaissant par erreur une obligation qui n'existait pas (L. 61. D. *De oblig. et act.*, XLIV, 7); tandis que, dans une autre circonstance, supposant évidemment des pouvoirs plus étendus au *procurator*, Paul lui permet de déférer le serment, c'est-à-dire, le cas échéant, d'obliger l'absent à ce dont il n'était pas tenu : « Procu-
« rator quoque quod detulit, ratum habendum
« est : scilicet, si aut universorum bonorum
« administrationem sustinet, aut si id ipsum no-
« minatim mandatum sit, aut si in rem suam
« procurator sit. » (L. 17 § 3. D. *De jurejur.*, XII, 2.)

Il faut d'autant plus remarquer cette dernière solution, que le jurisconsulte, en la reproduisant pour le tuteur, en donne ainsi le motif : *nam et alienare et solvi eis potest.* (L. 17 § 2, *eod. tit.*)

On invoque encore la loi 9 § 4, D. *De acq. rer. dom.* : « Si cui libera negotiorum administratio
« ab eo qui peregre proficiscitur permissa
« fuerit, et is ex negotiis rem vendiderit et tra-
« diderit, facit eam accipientis. » Justinien s'exprime dans les mêmes termes au titre des Institutes *De div. rerum*, § 43.

Ce système, qui consiste à reconnaître deux

sortes de *procuratores totorum bonorum*, est celui de presque tous les auteurs. Il a été soutenu, entre autres, par de Ferrière,¹ de Loy,² Corvin³.

Mais d'autres commentateurs rejettent cette distinction, et considèrent les expressions *procurator omnium bonorum* et *procurator cui libera administratio rerum concessa est* comme absolument synonymes. C'est l'opinion de Donneau; c'est celle de Cujas⁴, qui s'exprime ainsi : « Ilæc
« omnia idem possunt, nec plus habet cui data
« est libera administratio bonorum omnium
« quam is cui datum est generale mandatum,
« quive factus est procurator omnium bono-
« rum quæ pertinent ad mandatum. » C'est encore celle de Vinnius,⁵ qui, dans ses Questions choisies de droit, *Sælectarum juris quæstionum*, combat *ex professo* cette distinction dans un chapitre intitulé : *An vulgaris distinctio procuratoris universorum bonorum in simplicem et cum libera ex ratione juris nostri defendi possit?*

1. De Ferrière, *Nova et methodica juris civilis tractatio*, 2^e éd. 1734, ad lit. de procurat., t. I, p. 58.

2. De Loy, *Pactorum ac contractuum idea*, 3^e éd. 1679, lib. XII, tit. I, p. 274.

3. Corvin, *Arnoldi Corvini jurisprudentiæ romanæ summæ*, lib. II, tit. 12, p. 59.

4. Cujas. *Comment. in lib. VI, Differ. modest. ad l. g. 63, de proc.*
— Adde comment. in tit. I, de reb. cred. lib. IV, Cod. ad leg., 4.

5. Arnoldi Vinnii *institucionum imperialium commentarius*, 1761, II. *Selectarum juris quæstionum liber primus*, caput IX, p. 16.

Il soutient que les termes de *procurator omnium bonorum* et ceux-ci, *cui libera administratio concessa est*, sont absolument synonymes : *Hæc distinctio suspecta semper visa est*, dit-il.

A l'égard des textes de droit par lesquels on prétend établir que le *procurator cum libera* a le pouvoir d'aliéner qui est refusé au *procurator omnium bonorum simpliciter*, Vinnius répond que ce qui est dit en la loi 58 *De proc.*, que le *procurator cui libera administratio concessa est* peut *aliud pro alio permutare*, ne doit pas s'entendre en ce sens que ce *procurator* a un pouvoir indéfini d'aliéner à son gré les choses qui font partie des biens dont il a l'administration, mais en ce sens qu'il peut faire seulement les aliénations qu'exige l'administration qui lui est confiée : par exemple, il ne peut faire certains actes, *qualia sunt donatio, rei dominicæ pro alio obligatio, liberatio pignoris aut hypothecæ*. En quoi Vinnius prétend que ce *procurator* n'est pas différent du *procurator omnium bonorum simpliciter*, à qui la loi 63 *De proc.* défend l'aliénation tant des meubles que des immeubles. Car cette défense n'est pas absolue, et elle doit s'entendre avec cette limitation : si ce n'est autant que l'exigera l'administration des biens qui lui est confiée. C'est pourquoi la même loi permet expressément au *procurator omnium bonorum* la vente des choses périssables et des récoltes.

« At, inquiunt, procurator, cui generaliter libera
« administratio rerum commissa est, potest aliud
« pro alio permutare. Fateor, inquam, sed hoc
« verum est in eo, cui simpliciter bonorum
« omnium administratio commissa est ; in
« utroque autem hoc sit accipiendum, si condi-
« tio et ratio administrationis id flagitet. »

A l'égard de la loi 9 § 4 *De acq. rer. dom.* et du texte des Institutes *De rerum div.*, où il est dit que celui *cui permissa est libera rerum administratio* vend valablement et transfère à l'acheteur la propriété des choses qui font partie des biens du *dominus*, Vinnius répond pareillement que ces textes doivent s'entendre, non indistinctement de toutes les ventes que le *procurator* aurait faites, mais de celles qu'exigeait l'administration dont il était chargé, en quoi il n'a rien de plus que le *procurator omnium bonorum simpliciter*. Et Vinnius ajoute que, de même que l'esclave et le fils de famille qui ont l'administration libre du pécule peuvent aliéner les *res peculiares* sans un mandat spécial du père ou du maître, et cela, *adjecto aut omissio verbo* « *libere* », de même le *procurator totorum bonorum* peut aliéner, qu'il soit constitué *simpliciter* et *cum libera*. Ainsi, pour Vinnius, s'il faut à tout prix rendre raison de l'apparente contradiction de certains textes du Digeste, on répondra que les actes de disposition rattachés à la *libera admi-*

nistratio se doivent entendre, non pas de toutes espèces d'aliénations, mais seulement de celles qu'exige parfois la conservation des biens.

Pour soutenir ce système, on peut encore dire que, dans le plus grand nombre de cas, les jurisconsultes ne distinguent pas, et accordent au *procurator totorum bonorum*, sans distinction, les pouvoirs les plus larges de disposition. Ainsi, dans les lois 61 D. *De oblig. et act.* XLIV, 7, et L. 17 § 3, D. *De jurejur.* XII, 2, citées plus haut, il n'est nullement dit de quel *procurator* il est spécialement question. Ainsi encore, le *procurator* peut consentir un pacte de *non petendo* (L. 12, D. *De pactis*, II, 14); recevoir un paiement « *solvi eis potest* » (L. 11, D. *eod. tit.*); désintéresser les créanciers, « *cum quis procuratorem omnium rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut creditoribus suis pecuniam solvat* » L. 87 D. *de nov. et deleg.* XLVI, 3); nover, *si expediat* (L. 20 D. *eod. tit.*); plaider (L. 12 D. *De pactis* II, 14); intenter enfin *l'actio injuriarum*. « *Procuratorem autem accipere debemus, non utique eum, cui simpliciter mandata est procuratio actionis injuriarum : verum sufficit eum esse, cui omnium rerum administratio mandata est.* » (L. 16. D. *De injuriis* XLVII, 10.) Dans tous ces textes, il n'est fait aucune distinction dans la *procuratio totorum bonorum*. Il en est de même dans la loi

7 Pr., D. *De calum.* III, 6, où l'on suppose un cas de *calumnia*, et dans la loi 60 § 4, D. *mandati*, XVII, 1, qui est très intéressante par les pouvoirs nombreux de disposition qu'elle accorde au *procurator*, mais qui ne doit pas être prise à la lettre ; car celui à qui a été concédée l'administration des biens est un neveu.

Ce second système, soutenu par Vinnius avec une argumentation remarquable, ne manque pas de renfermer quelques vérités ; mais il nous paraît douteux dans son ensemble. S'il y a des textes qui ne distinguent pas deux sortes de *procuratores totorum bonorum*, ils se trouvent épars dans le Digeste en dehors du siège de la matière, et ne comportent pas, au moins dans les détails, un retour sur la théorie du mandat.

Faut-il cependant, avec le premier système, admettre deux catégories bien tranchées de *procuratores*? C'est là une doctrine contraire à l'esprit même de notre contrat, essentiellement consensuel, inapplicable d'ailleurs au mandat tacite : « Semper, qui non prohibet pro se inter-
« venire mandare creditur. (L. 60, D. *De reg. juris*, L. 17.)

Dira-t-on qu'en l'absence de termes exprès, la *procuratio* sera sans *libera administratione* ?

Mais où sont les textes qui disent cela ? Il faut, selon nous, laisser cette question dans le domaine des faits. C'est à l'intention du maître

qu'il convient de demander les limites de la *procuratio* par lui donnée, celle-ci demeurant susceptible d'infinie variété. Il y a là une question de fait, dit M. Accarias. Reprenant la thèse de Vinnius, il ajoute : « L'esclave et le fils de famille, quoique investis de la libre administration de leur pécule, ne sont pas pour cela autorisés à faire toute espèce d'actes de disposition ; et pourtant, leur situation ressemble fort à celle du mandataire général qui a la libre administration. Ma conclusion, dit-il, est qu'il ne faut pas exagérer l'importance des termes employés par le mandant. Sans doute, ils peuvent et doivent servir à faire présumer l'étendue plus ou moins large des pouvoirs du *procurator* ; mais la détermination exacte de ces pouvoirs reste, dans tous les cas, une question de fait ¹. »

Bien avant M. Accarias, Pothier, dans son *Traité du Contrat de mandat* ², semble voir là, lui aussi, une question de fait. Mais Pothier donne son opinion d'une façon assez timide. Il commence par mettre en regard les deux opinions avec motifs à l'appui, et par dire qu'il laisse aux lecteurs le soin de décider ; puis il ajoute : « Quand même une procuration générale ne contiendrait aucune clause particulière, je

1. Accarias, *Précis de droit romain* (4^e éd.), II, § 632. p. 364.

2. Pothier, *Du mandat*, n^o 145 ; Ed. Dupin, t. IV, p. 287.

crois qu'elle peut, selon les circonstances, recevoir plus ou moins d'étendue. » Il est vrai que Pothier paraît admettre une distinction dans la *procuratio* générale, puisque, dans les Pandectes, au titre *de proc. et defens.*, le § 3 de l'art. 1 est intitulé : *Quæ permittantur procuratori cum libera*, et qu'il débute ainsi : « Hactenus de procuratoribus quibus omnium bonorum administratio conceditur simpliciter..... Procurator autem, cui generaliter libera administratio concessa est..... etc. ¹. » Quoi qu'il en soit, Pothier a énoncé une opinion qui nous paraît excellente, qui n'est ni celle de Vinnius, ni celle de l'opinion commune et qu'il a énoncée timidement, précisément à cause de cela.

Les circonstances de fait, à défaut de dispositions expresses, feront donc apparaître cette intention dans toute sa clarté. En matière d'absence tout particulièrement, on ne doit pas hésiter à dire qu'à moins de restrictions formelles, la *procuratio* devra se trouver assez étendue. C'est bien, du moins, ce que semble admettre Gaius : « Si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur, permissa fuerit, et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis. » (L. 9, §4, D., *De adq. rer. dom.*, xli, 1.)

¹. Pothier, *Pandectæ Justinianæ* (4^e éd. 1818), t. I, p. 114

Si le *procurator omnium bonorum* a de tels pouvoirs, il doit acquérir également la possession au mandant à partir de l'appréhension. Ce n'est pas là, toutefois, l'opinion de M. de Savigny. Dans son Traité de la possession, M. de Savigny¹ traite, au point de vue de l'acquisition de la possession, le *procurator universorum bonorum*, non pas comme un *procurator* ordinaire, mais comme un gérant d'affaires. Or, celui-ci n'acquiert la possession au *dominus* qu'à partir de la ratification. (L. 24, D. *De neg. gest.* III, 5.) Il en est ainsi, suivant M. de Savigny, parce que l'acquisition de la possession est faite en dehors des pouvoirs du *procurator totorum bonorum*. Il cite à l'appui de son opinion deux textes qui lui paraissent décisifs.

C'est d'abord un passage des Sentences de Paul, liv. V, II § 2 : « Per liberas personas quæ
« in potestate nostra non sunt, adquiri nobis
« nihil potest. Sed per procuratorem adquiri no-
« bis possessionem posse, utilitatis causa recep-
« tum est. Absente autem domino comparata
« non aliter ei, quam si rata sit, quæritur ». Le commencement du texte visant un *procurator* spécial, il est évident, d'après M. de Savigny, que celui qui agit *absente domino* ne peut être qu'un *procurator* général.

1. De Savigny, *Traité de la possession* (Trad. Staëdler, 3^e éd.), § 26, p. 290.

Le second texte invoqué appartient à Ulpien l. 42 § 1, D. *De acq. vel omit. pos.* xli, 2 : « Pro-
« curator, si quidem mandante domino rem
« emerit, protinus illi acquirit possessionem ;
« quod si sua sponte emerit, non : nisi ratam
« habuerit dominus emptionem. » Le *procurator*
qui rem emit mandante domino a le mandat déter-
miné d'acquérir la possession. Celui qui *sua*
sponte emerit n'a pas de pouvoir déterminé ;
c'est donc dit-on, un mandataire général, et,
d'après le texte, il n'acquiert la possession au
mandant qu'à partir de la ratification.

Malgré la gravité de ces arguments, nous
pensons que le *procurator totorum bonorum*
acquiert la possession au mandant à partir de
l'appréhension. A l'époque classique, il n'est
plus un gérant d'affaire ; donc il ne doit plus
être traité comme tel. A notre avis, les deux
textes cités n'ont aucune force probante, parce
que tous deux prévoient un cas de gestion
d'affaires. L'expression *absente domino*, dans le
texte de Paul, vise plutôt un gérant d'affaires
qu'un *procurator totorum bonorum* : l'absence du
dominus est, en effet, la cause la plus fréquente de
la gestion d'affaires. (L. 1 D. *De neg. gest.* iii, 5 ;
L. 5 Pr. D. *De oblig. et act.* xliv, 7.) Quant au
procurator qui sua sponte emerit, c'est un *procu-*
rator qui a agi en dehors de ses pouvoirs ; ce
n'est plus qu'un gérant d'affaires. D'ailleurs, si

les textes avaient voulu parler du *procurator totorum bonorum*, pourquoi n'auraient-ils pas employé cette expression ?

Telle est l'étendue des pouvoirs conférés au *procurator totorum bonorum* ; et, si une personne laisse en même temps à deux mandataires une *procuratio* générale, les pouvoirs de l'un ne sont pas diminués par les pouvoirs de l'autre. L'un des deux *procuratores* qui, par exemple, est débiteur du *dominus*, peut être poursuivi par l'autre ; car poursuivre un débiteur rentre bien dans les attributions du *procurator*. (L. 47. D. *De proc.* III, 3.)

Nous comprendrons, après cette étude, pourquoi l'étendue des pouvoirs du *procurator totorum bonorum* a été si vivement discutée dans notre ancien droit. Il n'y a pas seulement là une œuvre de pure critique de romanistes distingués. C'est que, à cette époque, la *procuratio totorum bonorum* n'était pas encore un rcuage inutile, sinon aussi nécessaire qu'à Rome : les communications entre absents étaient encore difficiles¹.

1. V., à ce sujet, la discussion sur le projet de l'art. 1398, Locré, t. xv, p. 220.

CHAPITRE II

DE LA « PROCURATIO » JUDICIAIRE.

SECTION PREMIÈRE

Première sanction de la « *procuratio* » judiciaire

Le *procurator* primitif, étant l'administrateur de l'ensemble des biens d'un absent, peut représenter celui-ci en justice. Et cette dernière fonction, qu'on peut faire aisément rentrer dans la première, serait de beaucoup la plus importante, si elle en était séparée. Les préjudices que peut éprouver l'absent ont, en effet, tous ou presque tous, leur source dans l'impossibilité d'agir contre les tiers usurpateurs ou débiteurs, et de défendre à l'action des tiers créanciers, propriétaires ou possesseurs. C'est donc dans son rôle judiciaire que le *procurator* prendra toute son importance.

Cela est si vrai, que le terme de *procurator* désigne plus spécialement celui qui intervient dans un procès au lieu d'autrui. Cela résulte de la place consacrée au *procurator* dans le Digeste; le livre III, titre 3, est en effet placé dans une matière qui s'occupe de l'introduction en justice. Les textes, d'ailleurs, corroborent

cette opinion que le terme de *procurator* implique surtout l'existence d'une fonction judiciaire. Il y a plus même : il est très vraisemblable que l'Édit de *negotiiis gestis* (L. 3, Pr., D. *De neg. gest.*, III. 5) a pris naissance pour régler les rapports entre *procurator* judiciaire et *dominus*.

Si une personne gère les affaires d'autrui, qu'elle ait qualité pour cela ou non, et il est très probable qu'au début elle avait qualité pour cela, l'Édit impose à cette personne une obligation de rendre compte. Or, dans quels cas y avait-il lieu de créer une action spéciale pour faire rendre compte au gérant ? La protection des incapables, en cas de détournement du tuteur, était assurée par l'action *rationibus distrahendis*, et le *crimen suspecti tutoris*. S'agissait-il de tout autre gérant, s'il détournait des sommes, il s'exposait à l'action *furti* et à la *rei vindictio*. Avait-il causé un dommage, il pouvait être poursuivi par l'action *legis Aquiliae*. La nécessité d'une action à l'effet de faire rendre compte au gérant ne s'imposait donc pas d'une manière absolue.

Il y avait cependant un cas où la nécessité d'une action spéciale dut se faire sentir de bonne heure, et ce cas dut attirer l'attention du prêteur, parce qu'il se passait devant lui : qu'arrivait-il, en effet, en cas de procès mené par le *procurator* au nom du *dominus* ? Le *procurator*

qui avait agi en justice au nom d'autrui était seul titulaire du droit contesté; seul, il pouvait exercer l'action *judicati* ou répondre à cette action. Dans ces conditions, le *dominus* qui voulait se faire rendre compte par le *procurator* de l'issue du procès, n'avait évidemment aucune ressource à cet effet. Ce fut très probablement pour remédier à cet état de choses que fut promulgué l'Édit de *negotiis gestis*.

Cette opinion est d'autant plus plausible, que telle est la marche ordinairement suivie par les institutions ¹. Lorsqu'une idée juridique apparaît, elle se présente ordinairement sur un point particulier; si elle avait d'abord un caractère général, elle effrayerait l'esprit. L'innovation doit être modeste, sauf à étendre son domaine; puis alors commence la conquête: les idées luttent pour l'existence petit à petit; elles conquièrent l'esprit par la logique, et s'étendent de proche en proche. Se présentant sous une forme concrète, elles prennent un caractère de plus en plus abstrait. Ainsi l'hypothèque, avant d'étendre son domaine, ne fut d'abord admise que dans un cas tout spécial; le *damnum legis Aquiliæ* commença par être restreint à certaines hypothèses. De même, l'extension des actions *exercitoria* et *institoria* fut l'œuvre des

1. Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, p. 30 et suiv.

innovations prétoriennes. S'il en est ainsi, si l'Édit de *negotiiis gestis* a été promulgué pour régler les rapports entre *procurator* judiciaire et *dominus*, il nous importe de rechercher à quelle époque apparut cet *edictum* du préteur.

S'il est vrai que les préteurs successifs aient simplement ajouté aux clauses anciennes des clauses nouvelles, sans modifier celles de leurs prédécesseurs, mais en modernisant simplement les mots des clauses dont la construction et la teneur ont été conservées, on peut, parmi les clauses de l'Édit, faire trois classes principales.

Dans la première classe, chaque clause se compose de deux parties : la règle et la sanction de cette règle. (L. 5 § 6 D. *De his qui eff. vel dejec.*, ix, 3 ; L. 15 § 25, D. *De inj. et fam. libel.*, xlvii, 10.) La structure de ces édits paraît correspondre à un caractère de l'esprit primitif. Une civilisation peu avancée suppose des textes de loi ne laissant aucune marge à l'interprétation. Tout doit être dit dans les législations antiques. Il faut qu'il n'y ait aucune équivoque sur l'ordre ou la prohibition de la loi.

Le texte de la loi Aquilia, qui est de l'an 427 de Rome, a abandonné cette division bipartite. Les édits des périodes précédentes ne contiennent plus qu'une division unique ; ils commencent par les mots *si quis* ou *si quid*. L'ordre

apparaît comme la condition à laquelle est subordonnée la délivrance d'un *judicium*. La façon dont est exprimée cette condition permet de distinguer deux nouvelles clauses.

La forme la plus ancienne de ces deux clauses est ainsi conçue : Si tel événement est accompli, *prætor ait : judicium dabo*. C'est la formule de l'édit de *negotiis gestis*.

La forme la plus récente contient ces mots : *si quis dicetur*. La condition à laquelle est soumise la délivrance de l'action est donnée d'une manière plus complète. Si l'on vient à prouver que tels ou tels faits se sont passés, le prêteur donne une action. (L. 1 § 1. D. *De dol. mal.*, iv, 3). Tous les Édits qui remontent au VII^e siècle de Rome emploient la formule *dicetur* : c'est la forme la plus logique, et il est vraisemblable qu'une fois introduite, elle n'a pas été abandonnée.

L'Édit relatif à la *negotiorum gestio*, qui eut pour but de régler les rapports entre *procurator* judiciaire et *dominus*, se placerait donc entre le V^e et le VII^e siècle de Rome.

Quoi qu'il en soit, et bien que cette date ne soit pas précise, il en résulte que la *procuratio* judiciaire doit remonter à une haute antiquité. Le prêteur, en effet, a dû intervenir pour porter remède à un état de choses qui existait déjà depuis longtemps. Les innovations juridiques

ne s'accomplissent pas du jour au lendemain ; elles se font attendre pendant longtemps ; cela est vrai, surtout du droit romain, qui n'est que le résultat d'un long et patient travail.

SECTION II

Le « vindex » et le « defensor » ont précédé le « procurator » judiciaire¹.

Si vieille que soit la procédure de la *procuratio* judiciaire, il serait difficile de soutenir qu'elle a existé, du moins avec cette dénomination, sous le système des *legis-actiones*. C'est un principe connu que celui qui exclut toute représentation judiciaire dans les actions de la loi. (Gaius iv § 82 ; L. 123, pr. D. *De reg. jur.*, L. 17 ; J. iv, 10 pr. *De iis per quos agere poss.*) On plaide comme on contracte *per legitima seu certa verba*. (Gaius, iv § 29.) Les parties sont obligées, pour faire valoir leurs droits, d'affirmer leurs prétentions au moyen de paroles solennelles, soit *in jus*, soit *extra jus*. L'obligation de comparaître en personne fut d'ailleurs en principe consacrée par toutes les législations primitives, et la loi des Douze Tables montre que le procès romain ne fut, en principe, possible qu'en présence des deux

1. V., à ce sujet, l'étude de M. Gauckler sur le *vindex*, Nouvelle revue historique 1889, p. 601.

adversaires : « Si in jus vocat, ito. Ni it, antes-
« tamino : igitur em capito. Si calvitur pedemve
« struit, manum endojacito. » Le défendeur
devait suivre son adversaire devant le magis-
trat, dès qu'il y était appelé par une *vocatio in
jus* ; et, en cas de résistance de sa part, il s'expo-
sait à être entraîné *obtorto collo* par le deman-
deur suivi du témoin.

Toutefois, lorsque les procès furent devenus
plus nombreux par suite de l'extension de la
vie juridique, le principe de la comparution
personnelle dut paraître incommode aux ci-
toyens qu'une *in jus vocatio* pouvait enlever à
leurs travaux. Bien avant les procès formu-
laires, la nécessité d'une représentation, si
imparfaite qu'elle fût, dut se faire sentir. Aussi
la règle qui exclut toute représentation quel-
conque sous le système des actions de la loi
est-elle trop absolue : elle admet certains tem-
péraments.

Aussi, sans soutenir que la *procuratio* judi-
ciaire ait existé sous le système des actions de
la loi — solution qui est contredite par les textes
— on peut dire qu'elle ne s'est pas présentée
instantanément sitôt après l'apparition du sys-
tème formulaire, sans avoir été précédée par
d'autres institutions qui ont ouvert la voie à la
représentation.

Parmi les plus vieux représentants du procès

romain figurent en effet le *vindex* d'abord, le *defensor* ensuite. *Vindex* et *defensor* ont précédé dans l'histoire le *procurator*, et la *procuratio* n'a fait que constituer un progrès sur des institutions plus vieilles, avec lesquelles elle a fini par fusionner ou se rapprocher.

Boèce nous donne du *vindex* une définition, qui montre bien le lien d'origine du *procurator* : « Vindex igitur est, qui alterius causam suscipit vindicandam, velut quos nunc procuratores vocamus¹. »

Ainsi se trouve clairement indiquée la filiation entre deux institutions séparées par les temps.

Le *vindex*, en effet, remonte à une haute antiquité. Si on l'admet dans la *manus injectio*, il faut l'admettre également dans l'*in jus vocatio* ; car la situation se prête mieux à une intervention de la part d'un tiers lorsque le procès est à son début que lorsqu'il est à sa fin. Il est donc permis de concevoir que, dès l'époque des *legis actiones*, le défendeur put se substituer un *vindex* prenant la charge du procès.

Il ressort de là que la première forme de la représentation en justice fut celle du défendeur. Cela se conçoit très bien, si l'on remonte à l'origine de la procédure. Le procès fut une lutte vio-

1. Boethius, *ad Topica*, lib. 1, p. 291.

lente d'abord, où la force brutale prima le droit. L'individu dont le droit était lésé cherchait à tirer vengeance de l'affront qui lui avait été fait. Le *vindex* ne pouvait alors évidemment se substituer au demandeur, puisque aucune offense n'avait été commise à son égard. Son intervention pour le défendeur, au contraire, s'expliquait par la solidarité, soit volontaire, soit forcée, qui le liait à celui-ci : il pouvait prêter aide à un ami, à un patron, à un chef.

Le *vindex* ne pouvait donc être donné que par le défendeur. Bien plus, celui-ci devait être présent à l'*in jus vocatio* ; en un mot, le *vindex* était un représentant conventionnel et non spontané.

Il jouait, si l'on veut, sous le système des *legis actiones*, le rôle de *procurator ad defendendum, præsente domino*. Lorsque apparut le *procurator*, sa disparition, en tant qu'institution distincte, s'imposa ; car le *procurator*, gérant des biens d'une personne absente, pouvait être constitué, avant le départ de celle-ci, pour la défense d'un procès déterminé. Le *procurator* jouant le rôle du *vindex*, l'institution de l'ancienne *vindicia*, qui était allée toujours en se rétrécissant, finit par devenir inutile, alors surtout que la notion de la *procuratio* se fut transformée sous l'influence du mandat. Grandes, en effet, sont alors les analogies entre les deux institutions.

Procurator et *vindex* sont constitués pour une affaire déterminée. Si le *vindex* intervient pour un défendeur présent, le *procurator* peut représenter un plaideur non absent; si le *vindex* est toujours mandataire, le *procurator* l'est généralement. Dans les deux cas, la *litis contestatio* produit le même effet libérateur vis-à-vis du *dominus* : *vindex* et *procurator* sont rendus responsables.

L'histoire de ces deux institutions permet à peine de trouver entre elles quelques points de divergence.

Le *vindex*, contrairement au *procurator*, n'est pas tenu de fournir une caution : les conditions de solvabilité sont suffisantes sans cela; il doit être constitué par une personne présente, et doit être *locuples*.

Le *procurator*, au contraire, à l'origine, peut ne pas avoir mandat : il n'est donc pas étonnant qu'il ait été tenu de fournir caution.

Tandis que le *vindex* dut toujours supporter le poids de la condamnation, le *procurator praesentis* finit par ne plus être tenu de l'action *iudicati*. Mais ce progrès ne se réalisa que vers la fin de l'époque classique.

L'analogie entre les deux institutions explique donc leur fusion. La disparition du *vindex* est complètement réalisée à l'époque classique; car le mot *vindex* ne se retrouve plus dans les textes du Digeste.

A côté du *vindex*, très probablement dès l'époque des *legis actiones*, se trouve un autre représentant judiciaire, le *defensor* : c'est le représentant spontané d'un absent contre lequel un procès doit s'ouvrir. Le droit de se porter comme défendeur au lieu et place d'un absent constitue un nouveau progrès. Le *vindex* nommé dès l'*in jus vocatio* par le défendeur présent a dû suffire longtemps à un peuple sédentaire.

Plus tard, alors qu'on admit la représentation du demandeur tout comme celle du défendeur, la notion de la *procuratio* judiciaire se fit jour enfin. Si le *procurator* se portait comme défendeur au lieu et place d'un absent, il jouait le rôle de *defensor*. Mais le *procurator*, à l'origine administrateur des biens d'un absent, pouvait avoir reçu mandat de celui-ci d'agir en justice en son nom, tant en demandant qu'en défendant. Dans ce cas, on ne pouvait plus assimiler le *procurator* demandeur à un *defensor*.

La distinction du *procurator* et du *defensor* est nettement indiquée par la rubrique même du texte du Digeste (III, 3) : le *procurator* est un mandataire ; le *defensor* ne l'est jamais. Aussi le *procurator ad defendendum* n'est-il jamais appelé *defensor*. S'il n'a pas mandat au contraire, il peut intervenir comme *defensor* (L. 8 pr. et § 3 D. *De proc. et def.* III, 3 ; L. 61, D. *eod. tit.*)

Donc le *vindex* et le *defensor* se sont rencontrés dans l'histoire bien avant le *procurator*. Ainsi, marchent les institutions de progrès en progrès : *vindex*, *defensor*, *procurator*, tel a été l'ordre suivi dans la matière.

SECTION III

**La « procuratio » n'est ni antérieure ni postérieure à la
« cognitio ».**

Suivant l'opinion générale, l'apparition du *procurator* judiciaire coïncide avec les débuts du système formulaire ; mais les interprètes les plus éminents du droit romain discutent sur le point de savoir si le *procurator* est antérieur ou postérieur à un autre représentant en justice, le *cognitor*.

En admettant que Gaius, qui met en opposition flagrante le *procurator* et le *cognitor*, parle seulement des idées de son temps, il n'en est pas moins vrai que des Com., iv, § 83 et 84, on peut inférer que la *procuratio* et la *cognitio* furent à l'origine tout à fait dissemblables. Les formules indiquées par Gaius en cas de *cognitio* ou de *procuratio*, furent, selon l'opinion dominante, celles données à l'origine de ces institutions. C'est du moins ce qui semble résulter de la formule Rutilienne pour le *bonorum emptor*.

(Gaius, iv, § 35), qui fut introduite en l'an 636 de Rome.

La description de Gaius, tout en se référant à son époque, fait ressortir la différence entre la forme de la constitution du *cognitor* et du *procurator* à l'origine. Le *procurator* n'est pas simplement le représentant d'un procès, mais le directeur des affaires d'un absent. L'élément essentiel de la *procuratio* se trouve donc dans le lien juridique, nullement inhérent au procès, qui existe entre *procurator* et *dominus*.

Le *cognitor* au contraire est un représentant en justice, nommé uniquement pour un procès spécial : le lien qui s'établit entre lui et le *dominus* concerne simplement une affaire particulière ¹.

A cette différence correspond une différence dans la forme de la constitution du *cognitor* et du *procurator*. Les paroles solennelles de la *cognitoris datio* doivent être prononcées par le constituant en présence de l'adversaire, *coram adversario*. (Gaius, iv, § 83.) La nomination du *procurator*, au contraire, est une affaire, du moins en général, se réglant entre le maître et son représentant.

1. Eisele soutient *Cognitor und Procurator*, § 12, p. 42) que, primitivement, le *cognitor* ne fut pas mandataire, et que le rapport de droit qui existait entre *procurator* et *dominus* pouvait manquer complètement entre le *cognitor* et le *dominus*.

De ces deux institutions distinctes, laquelle a existé la première ?

Bekker ¹ soutient que, dès le système des *legis actiones*, un *cognitor* pouvait, dans certains cas, être donné pour le procès tout entier. Selon Karlowa ², qui émet également cette idée, s'il est vrai que le tuteur agit en son nom propre et non au nom d'autrui, il faut étendre la notion du *protutela agere* à d'autres cas qu'à celui de la représentation du pupille par le tuteur ³.

Mais cette opinion, peu explicite d'ailleurs, doit être rejetée : le tuteur peut être comparé au *procurator*, et non au *cognitor*,

Huschke ⁴ et Eisele ⁵ soutiennent aussi que la *cognitio* est antérieure à la *procuratio*, en faisant remonter l'origine du *cognitor* aux *legis actiones* ; mais ils limitent la possibilité de donner un *cognitor* à la procédure *in judicio*.

Les inconvénients de la représentation, dit-on, étaient si grands, que les Romains durent songer de bonne heure à l'admission d'un représentant en justice. Le *cognitor*, qui est cons-

1. Bekker, *Die Actionen des roemischen Privatrechts*, 11, p. 115.

2. Karlowa, *Der roem. civ. Proc. zur Zeit der Leg. Act.*, p. 354.

3. C'est aussi l'opinion de Bethmann-Hollweg (*Versache, über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesss*, 1, p. 110, qui soutient que le curateur du *furiosus* et le tuteur légitime de l'enfant, en cas de procès concernant les biens du pupille, n'agissent pas au nom d'autrui.

4. Huschke, *Zeitschrift, für Gesch. Rechtswissenschaft*, 14, p. 67.

5. Eisele, *Cognitur und Procuratur*, § 6, p. 18.

titué au moyen de paroles solennelles en présence de l'adversaire (Gaius, iv, § 83), a pu être nommé *in judicio* dès le système des *legis actiones*. La forme solennelle de sa constitution est une preuve garantie de son cachet d'antiquité. Les textes, d'ailleurs, au dire des auteurs, donnent un appui solide à cette opinion.

L'*Auctor ad Herennium*, II, 13, recherchant les sources du droit, indique : « Natura, lex, « consuetudo, judicatum, æquum et bonum et « pactum » ; puis il ajoute : Ex æquo et bono jus « constat quod ad veritatem communem videtur pertinere quod genus : ut major annis LX, « et cui morbus causa est, cognitorem det. »

La loi des Douze Tables, de son côté, s'exprime ainsi à propos de la représentation d'une personne âgée ou malade : « Si in jus vocat, si « morbus ævitasve vitium escit, qui in jus vocabit jumentum dato. »

Ce texte se rapporte seulement à l'*in jus vocatio* ; mais il est complété par celui de l'*Auctor ad Herennium*, qui, dit-on, appartient à la même époque.

De là résulte que la *procuratio* n'apparut que postérieurement à la *cognitio*.

La *procuratio*, dit-on, ne peut appartenir qu'au système qui n'exclut pas la représentation *in jure*, c'est-à-dire au système formulaire : en un mot, la *cognitio* est la vieille repré-

sensation du droit civil; la *procuratio*, au contraire, est une institution plus jeune, due à l'innovation du préteur.

Ces arguments ne nous semblent pas convainquants. Il est inutile de faire remonter le *cognitor* à l'époque des *legis actiones* pour obvier au défaut de représentation dans les temps anciens. Le *vindex* d'abord, le *defensor* ensuite, durent suffire pendant longtemps aux exigences de la règle qui interdisait la représentation, d'autant plus que le procès pouvait être remis, et qu'au surplus, il ressort de la loi des Douze Tables que le procès pouvait être adjugé à la partie présente : « Post meridiem, præsentem stlitum addicito. »

La solennité des caractères de la *datio cognitoris* ne prouve nullement que l'institution remonte aux *legis actiones*. Le formalisme, qui est le fond de la procédure romaine existait encore sous le système formulaire. Au dire de Cicéron, la règle relative au *cognitor* dérive, *non ex lege, sed ex æquo et bono*, c'est-à-dire qu'elle appartient à une époque où les idées d'équité commençaient à se faire jour. Le texte de l'*Auctor ad Herennium* ne contient pas une règle du vieux droit civil. La règle *ut cognitorem det* remplace l'ancienne disposition de la loi des Douze Tables *ut jumentum dato*.

La *cognitio* n'a donc fait son apparition que

sous le système formulaire. Mais à quelle époque précise a-t-elle apparue ? Elle n'est pas antérieure à la *procuratio* : lui est-elle donc postérieure ?

Wlassak¹ a émis l'idée que la *cognitio* est plus jeune que la *procuratio* et qu'elle a été importée à Rome de l'étranger, peut-être du droit grec.

Selon lui, la *cognitio* constitue un progrès tout à fait réel sur la *procuratio*. La *cognitio*, telle que la décrit Gaius, est une institution beaucoup plus parfaite que la *procuratio* telle qu'elle se trouve dans le même jurisconsulte. Le *procurator* est tenu ou investi de l'action *judicati* ; le *cognitor*, au contraire, est un véritable représentant judiciaire, et l'action *judicati* n'est pas donnée pour ou contre lui.

Plus loin, Wlassak trouve également choquant de voir, dans la procédure formulaire, les tuteurs et curateurs traités comme les *procuratores* et non comme les *cognitores*. Si leur droit de figurer au procès est sans aucun doute très vieux, il en résulte clairement, ajoute Wlassak, que le *procurator* est plus vieux que le *cognitor*.

D'ailleurs, dit-on, le *cognitor* ne semble pas avoir une origine romaine ; la *cognitio* est une institution grecque. Les textes fournissent la

1. Wlassak, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, p. 50.

preuve de cette assertion : lorsque Cicéron fait mention d'un *cognitor* dans un procès criminel en Sicile ¹, c'est-à-dire dans un pays colonisé par les descendants des Grecs, cela n'est-il pas bien significatif ?

Wlassak invoque encore, pour démontrer l'origine grecque du *cognitor*, le § 319 des Frag. Vat., provenant vraisemblablement de Paul : « Etiam græcis verbis, cognitorem dari posse, inter omnes constat. »

Il est vrai que l'éclectisme est par excellence la méthode romaine ; si bien qu'on a pu dire qu'à Rome il n'y a d'original que la façon merveilleuse dont son peuple sait tirer profit des inventions des autres. Montesquieu a expliqué dans un chapitre de son livre, Considérations sur la grandeur et la décadence des Romains, l'empressement que les Romains mettaient à changer leurs armes pour celles des peuples ennemis, dès qu'ils reconnaissaient la supériorité de celles-ci. Certes, ils agissaient de même en beaucoup de choses ; mais cela prouve simplement que ce peuple si conservateur ne l'était que dans la mesure où une nation doit l'être pour assurer la perpétuité de son existence.

Les raisons alléguées par Wlassak ne nous semblent pas avoir une grande valeur. Du texte

1. Verr., II, 43, 106, 107.

des Verrines, on ne peut déduire l'origine grecque du *cognitor*. Il y a bien plus de raisons de croire qu'il a été importé de Rome en Sicile que de Sicile à Rome. Les Romains désignaient peut-être le représentant dans un procès criminel sous le nom de *cognitor*, par analogie avec le *cognitor* d'un procès civil, l'accusé proprement dit étant absent et restant le sujet de la procédure criminelle.

Quant au texte des Frag. Vat., il ne saurait non plus prouver l'origine grecque du *cognitor*. La stipulation peut être faite *græcis verbis* (Gaius, II, 93) : il en est de même du fidéicommiss (Gaius, II, 281), et pourtant ces institutions n'ont pas une origine grecque. Il est vrai que dans ce sens aux legs et fidéicommiss sont opposés la *sponsio* et le *legatum* ; mais quel serait le représentant qui, en opposition avec le *cognitor*, ne pourrait être nommé que *latinis verbis* ? Assurément ce n'est pas le *procurator*. Le § 319 est éclairé par le § 319 des Frag. Vat., duquel il résulte que, malgré l'emploi des formules solennelles, la *cognitoris datio* n'a plus le rigorisme formaliste des anciennes actions de la loi : « Non tamen sic putat certis verbis cognitorem » dari debere, ut si quid fuisset adjectum vel detractum, non valeat datio, ut in legis actionibus. »

De plus la *cognitio* ne constitue pas un pro-

grès sur la *procuratio* : si la représentation est plus parfaite dans le premier système, elle est moins formaliste dans le second.

La question de savoir si la *procuratio* est antérieure ou postérieure à la *cognitio* reste donc entière, les motifs allégués n'étant pas concluants. Ces deux institutions, tout à fait différentes, peuvent avoir pris naissance en même temps parce qu'elles correspondent à des besoins divers. Le *cognitor* est nommé pour diriger un procès ; le *procurator*, au contraire, est le directeur des affaires d'un absent, qu'il ait ou non reçu mandat. Il s'occupe des affaires de l'absent, en particulier de ses procès, comme le tuteur ou le curateur s'occupent des biens de leurs pupilles. Ainsi le veut l'étymologie du mot *procurator*, et voilà pourquoi les tuteurs et curateurs sont traités comme des *procuratores* et non comme des *cognitores*.

SECTION IV

La « *procuratio* » à l'époque de Gaius

A l'époque classique, un *procurator* peut être constitué dans le seul but de mener un procès.

A quelle époque le *procurator litis* a-t-il fait son apparition ?

Il semble résulter d'un passage de Cicéron, *Pro Roscio comædo*, 18, qu'au temps de cet orateur, le *procurator litis* n'existait pas encore : « Quid interest inter eum qui per se litigat, et « cui cognitor est datus ? Qui per se litem cō-
« testatur sibi soli petit. Alteri nemo potest, nisi
« qui cognitor est factus. » Ce texte est très précis : on ne peut agir *alieno nomine* que comme *cognitor*. Cicéron oppose, en effet, au *per se litigare* le *per cognitorem litigare*, et dit même expressément : « alteri nemo potest (petere),
« nisi qui cognitor est factus. »

Pourtant Cicéron parle du *procurator* dans d'autres textes.

Dans le « *Pro Quintio* ¹, Sextus Alphenus, *procurator* de Quintius, offre de comparaître pour lui en justice, afin de plaider contre son adversaire Nævius : « S. Alphenus, procurator
« P. Quintii..., denuntiat sese procuratorem
« esse... istum (Nævium) æquum esse famæ
« fortunisque P. Quintii consulere et adventum
« ejus exspectare ; quod si facere nolit, atque
« imbiberit ejusmodi rationibus illum ad suas
« conditiones perducere, sese nihil precari, et
« si quid agere velit judicio defendere. » Mais Nævius voulait que le *procurator* donnât la *cautio judicatum solvi* pour l'exécution de la

1. Cicéron, *Pro Quintio*, VI et VII.

sentence qui serait prononcée. Alphenus répondait qu'il n'était pas juste d'exiger du *procurator* une caution que la partie ne donnerait pas, si elle était présente. Malgré la demande expresse de l'intervention des tribuns, le débat finit par la promesse d'Alphenus que Publius comparaitrait aux ides de septembre.

De ces divers passages du *Pro Quintio*, on ne peut déduire l'existence du *procurator litis* au temps de Cicéron : Alphenus est un *procurator absentis* ; car Publius, dont il dirige l'ensemble des affaires, est parti pour la Gaule, afin de visiter ses propriétés.

Ailleurs, dans une lettre à Atticus ¹, Cicéron propose, afin de ne pas actionner les cautions, d'introduire l'instance contre les *procuratores* : « Possumus enim, ut sponsores non appellentur, procuratores introducere. » Ceux-ci déclineront peut-être le procès, ajoute l'orateur, et je n'ignore pas que, dans ce cas, les cautions sont libérées. Mais le *dominus* serait déshonoré, si ses *procuratores* n'acquittaient point ce qu'il doit et ce qu'il a garanti.

Dans le *Brutus* ², Cicéron, après avoir promis à Atticus d'acquitter envers lui une dette de reconnaissance en composant un ouvrage dans

1. Lettre 789, xvi, 13, 2.

2. *Brutus*, iv et v.

ses loisirs, prête à Brutus ce langage figuré :
« Mihi quoque et exspectanda sunt ea quæ
« Attico polliceris, etsi fortasse ego a te hujus
« voluntarius procurator petam, quod ipse cui
« debes se incommode exacturum negat. » Et
Cicéron de répondre : « At vero, inquam, tibi
« ego, Brute, non solvam, nisi prius a te caverò,
« amplius eo nomine neminem, cujus petitio
« sit petiturum. »

Ainsi donc, il est question ici du *voluntarius procurator ad agendum* avec la caution *amplius neminem petiturum*.

La conclusion est qu'il est difficile, avec ces textes, qui ne sont pas exempts d'un certain lacunisme, et même se contredisent parfois, d'affirmer l'existence du *procurator litis* à l'époque de Cicéron.

Il semble, au surplus, que l'Édit sur les *cognitores* était plus ancien, et que les dispositions concernant les *procuratores* furent ajoutées plus tard : « Verba autem edicti hæc sunt : alieno, inquit, nomine, item per alios agendi potestatem non faciam in his causis, in quibus ne dent cognitorem, neve dentur edictum comprehendit. » (Frag. Vat., § 322.)

Le *procurator litis* existe certainement à l'époque de Gaius, qui dit expressément qu'on peut *agere nomine procuratorio* (Gaius, iv, § 82), et indique la forme de la constitution du *procura-*

tor. (Gaius, iv, § 84.) Or, il est probable que le 4^e Commentaire des Institutes comme le 3^e et la fin du 2^e ont été écrits sous Marc-Aurèle; car l'auteur désigne Antonin le Pieux sous le nom de *Divus*, tandis que, dans le 1^{er} Commentaire, il s'exprime en disant *Imperator Antoninus*.

Paul dit encore: « Procurator aut ad litem, « aut ad omne negotium, aut ad partem negotii, « aut ad res administrandas datur. » (Sentences de Paul, 1, 3, 2.)

A la différence du *cognitor*, qui était un mandataire constitué en présence de l'adversaire, au moyen de paroles solennelles (Gaius, iv, § 83), le *procurator litis*, à l'époque de Gaius, n'était pas, de l'avis de tous, un mandataire, puisque le jurisconsulte signale une controverse sur le point de savoir si le *procurator* devait justifier d'un mandat. (Gaius, iv, § 84.) Il se constituait sans aucune parole solennelle, même en dehors de la présence de l'adversaire et du magistrat.

Par une conséquence naturelle de l'incertitude qui régnait le plus souvent sur la réalité du mandat du *procurator*, celui-ci devait *satisdare*, donner au défendeur la *satisdatio ratam rem dominum habiturum*. Cette *satisdatio*, qui n'était pas exigée du *cognitor*, dont le mandat était, à raison même de sa constitution, tout à la fois certain et public, est désignée dans les textes

les plus anciens sous le nom de « *amplius eo nomine neminem petiturum* ». (L. 12, § 3; L. 14, 15, 23, D., *Rat. rem hab.*, XLVI, 8; L. 4, § 1, D., *D. verb. oblig.*, XLV, 1; L. 2, D., *Ut legat.*, XXXVI, 3; L. 27, § 14, D., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2; LL. 24, 31, C. *De transac.*, II, 4.)

Cette caution, exigée en principe de tout *procurator* demandeur, avait pour but de garantir le défendeur contre le renouvellement de l'action. Gaius s'explique formellement à ce sujet. (Gaius, IV, § 98.)

« Procurator vero si agat satisfacere jubetur
« ratam rem dominum habiturum; periculum
« enim est, ne iterum dominus de eadem re ex-
« periat; quod periculum non intervenit, si
« per cognitorem actum fuerit, quia de qua re
« quisque per cognitorem egerit, de ea non ma-
« gis amplius actionem habet, quam si ipse
« egerit. »

Mais Huschke ¹ repousse ce sens traditionnel. Il ne faut pas, selon lui, entendre ce texte en ce sens que la caution *ratam rem dominum habiturum* est donnée pour empêcher le *dominus* d'intervenir une seconde fois. Ce qu'il faut, c'est rechercher si le *procurator* a ou non mandat : a-t-il mandat, il déduira *in iudicium* le droit du *dominus*; s'il n'a pas mandat, au contraire, le

1. Zeitschrift für Gesch. Rechtswissenschaft, 14, p. 67.

dominus pourra intenter un nouveau procès.

La partie suivante du texte, telle qu'elle existe dans la nouvelle édition de Studemund, corrobore, dit-on, cette opinion :

« Quin etiam sunt qui putant eum quoque
« procuratorem videri, cui non sit mandatum,
« si modo bona fide accedat ad negotium et
« caveat ratam rem dominum habiturum ;
« quanquam et ille, cui mandatum est plerum-
« que satisfacere debet, quia sæpe mandatum
« initio litis in obscuro est et postea apud judi-
« cem ostenditur. »

C'est là une preuve évidente que la caution est donnée à cause de l'incertitude du mandat ; mais ne ressort-il pas de ce texte, par là même, qu'en dehors du cas où le mandat est obscur, le *procurator* mandataire ne doit pas *satisfacere*, et qu'il épuise, consume (comme disent les Allemands) le droit en justice ?

Keller¹ a encore, dans le même sens, invoqué d'autres textes : ce sont deux fragments de Julien et une constitution d'Antonin Le Pieux.

L'un des fragments de Julien, rapporté L. 25 § 2, D. *De excep. rei jud.*, XLIV, 2, est ainsi conçu :

« Si te negotiis meis optuleris et fundum
« nomine meo petieris, deinde ego hanc petitio-
« nem tuam ratam non habuero, sed manda-

1. Keller, *Litiscontestatio und Urtheil*, § 40, p. 319 et § 42.

« vero tibi, ut ex integro eundem fundum pete-
« res, exceptio rei judicatæ non obstat... »

Si le gérant d'affaires dont la gestion n'a pas été ratifiée n'a pas éteint le droit du *dominus*, il faut en conclure, dit-on, qu'il en eût été autrement, si la gestion avait été ratifiée, c'est-à-dire si un véritable *procurator* avait agi.

Le second texte de Julien invoqué par Keller est rapporté L. 22 § 8, D. *Rat. rem hab.*, XLVI, 8 :

« Si procurator iudicium de hereditate edi-
« derit, deinde dominus fundum ex ea heredi-
« tate petierit, stipulatio ratam rem haberi
« committetur, quia si verus procurator fuisset,
« exceptio rei judicatæ dominum summo-
« veret. Plerumque autem stipulatio ratam rem haberi
« his casibus committetur, quibus, si verus
« procurator egisset, domino aut ipso jure aut
« propter exceptionem actio inutilis esset. »

Ce texte montre bien, dit-on, que, si le *verus procurator* avait agi, la stipulation *ratam rem dominum habiturum* n'aurait pas été encourue. La demande du *dominus* eût été repoussée, soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope*.

Le dernier texte invoqué est la loi 1, C. *De proc.* L. II, 3, de l'an 150, dont on tire également argument *a contrario*.

« Cautio ratihabitionis tunc exigitur a procu-
« ratore quoties incertum est, an ei negotium
« mandatum est. »

Nous croyons qu'à l'époque de Gaius, le *procurator litis* ne déduit pas *in judicium* le droit du *dominus*.

Le § 98 du Com. iv de Gaius est absolument formel : il interdit d'étendre au *procurator* une exception admise pour le *cognitor*.

Examinons les arguments invoqués.

La fin du § 84 du Com. iv de Gaius est probablement un texte interpolé. Le § 98 exige la *satisfactio* du *procurator* demandeur, sans admettre d'exceptions : comment expliquer autrement cette contradiction ? Les commentaires de Gaius manquent dans cet endroit de leur netteté ordinaire. Et puis, avec le système proposé, on en arrive à des conséquences inadmissibles. La caution est exigée parce que le mandat *postea apud judicem ostenditur*. Il suit de là que, si ce mandat était donné avant la *litis contestatio*, la caution deviendrait sans utilité ; mais cela est en opposition avec le droit classique d'après Gaius : donner un mandat et fournir un mandat ne sont pas choses synonymes. Aussi Papinien enseigne-t-il, dans le § 333 des Frag. Vat., que la nécessité de la caution cesse lorsque *certum est mandatum perseverare*. Sur ce fondement, Ulpien et Paul exigent encore caution du *procurator praesentis* qui a mandat : peut-on dire qu'au temps de Gaius la procédure était moins sévère sur ce point ?

Quant à l'argument tiré de la loi 25, § 2, D. *De excep. rei jud.*, XLIV, 2, il n'est pas concluant. Si un *procurator* agit deux fois successivement en la même qualité, il se verra opposer l'exception *rei judicatæ*; mais cela ne veut pas dire que, si le *procurator* agit d'abord, et le *dominus* ensuite, l'exception *rei judicatæ* ne pourra être opposée à ce dernier.

La loi 22, § 8, D. *Rat. rem hab.* ne prouve rien non plus; car le *verus procurator*, qui, dans ce texte, est en opposition avec le *procurator*, est une interpolation évidente pour *cognitor*.

On a enfin argumenté de la loi 1. C. *De proc.*, II, 3; mais ce texte, lui aussi, est évidemment interpolé, comme l'indiquent en raison sa forme. Si, à l'époque de Gaius, le rescrit existait tel qu'il est dans le Code de Justinien, comment se fait-il que Papinien, postérieur de plus de soixante ans, rattache la délivrance de la caution à des conditions beaucoup plus dures dans le § 333 des *Frag. Vat.*, puisqu'il exige que *mandatum perseverat*; la forme, ensuite, indique bien qu'un tel latin n'a pas été écrit sous Antonin Le Pieux: il appartient aux rédacteurs du Digeste, qui emploient avec affectation la forme indicative.

De l'examen de la *cautio ratam rem dominum habiturum* résulte donc que le *procurator litis*, à l'époque de Gaius, ne pouvait déduire *in iudicium* le droit du *dominus*.

Si, au lieu d'être demandeur, le *procurator litis* se présentait comme défendeur, il devait fournir la caution *judicatum solvi*. Cette caution, qu'on trouve déjà mentionnée dans les ouvrages de Cicéron (Ver., II, 24, 60, *Pro Quintio par. cit.*) était imposée au *procurator* à l'imitation de ce qui avait lieu dans les actions réelles, où le défendeur et, surtout les fidéjusseurs s'engageaient à exécuter la sentence qui interviendrait. La situation était la même dans les deux cas, le demandeur pouvant craindre de ne pas obtenir la chose ou le fonds dont un jugement l'avait déclaré seul propriétaire.

Cette *satisfactio judicatum solvi*, dont le but était d'assurer l'exécution de la condamnation qui pouvait être prononcée, portait sur trois points : 1° *de re defendenda*, 2° *de dolo malo*, 3° *de re judicata* : « *Judicatum solvi stipulatio* » tres clausulas in unum collatas habet. » (L. 6, Dig., *De jud. sol.*, XLVI, 7.)

Par la clause de *re defendenda*, le *procurator* promet de rester dans l'instance jusqu'à ce que la sentence soit rendue. (L. 3 § 8, L. 5 § 3, L. 12, L. 13, *pr. jud. solv.*, XLVI, 7.) Si le défendeur refuse de procéder à la *litis contestatio*, ou ne se présente pas devant le juge pour voir rendre la sentence, le demandeur, au lieu de demander au magistrat, dans le premier cas, la *missio in possessionem* sur tous les biens du débiteur, dans le

second cas les trois édits nécessaires pour que la cause soit jugée même en son absence, agira contre lui et ses fidéjusseurs par l'action *ex stipulatu*.

Par la clause *de dolo malo*, le *procurator* énonce qu'il n'a point encore commis de dol, et qu'il n'y en aura pas dans l'avenir, de sorte qu'il engage même ses héritiers. (L. 19, *pr. jud. solv.*, *eod. tit.*)

Enfin, grâce à la clause *de re judicata*, le *procurator* promet, en fournissant des fidéjusseurs, de satisfaire à la condamnation qui peut intervenir.

C'était le *procurator* lui-même, et non le *dominus*, qui devait fournir la *cautio judicatum solvi* : « Cum vero procurator defensurus intervenerit, non dominus sed procurator judicatum solvi satisfacere compellitur. » (Frag. Vat., § 317.) Il en était tout autrement quand le *dominus* était représenté par un *cognitor* ; c'était le *dominus* lui-même qui devait *satisfacere* : « Sed si quidem cum cognitore agatur, dominus satisfacere jubetur, si vero cum procuratore ipse procurator ». (Gaius, IV, § 101) ; Frag. Vat., § 317 ; L. 10, Dig. *Jud. solvi*, *eod. tit.*)

Et par là s'explique sans difficulté pourquoi, en cas de *cognitio*, l'action *judicati* appartenait au *dominus*, s'il avait triomphé, de même qu'elle était dirigée contre lui, s'il avait succombé.

(Frag. Vat., § 317); pourquoi, au contraire, elle était toujours donnée au *procurator* ou contre lui: « *Interveniente vero procuratore, judicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum non dominus vel in dominum competit.* » (Frag. Vat., § 317 *in fine.*)

SECTION V

Les derniers changements dans la « *procuratio* »

Le *procurator litis* de l'époque de Gaius, tout en étant tenu de l'action *judicati*, était obligé de fournir les cautions. « Tout cela, dit M. Maynz¹, était fort gênant, et diminuait de beaucoup les avantages qui résultaient de la forme plus libre de la *procuratio*. On chercha donc à lui conserver ces derniers tout en appliquant, autant que possible, les conséquences plus directes de l'ancien système. »

Toutefois, il ne faudrait pas croire que les différences, qui existaient dans toute leur plénitude au temps de Gaius, entre le *procurator* et le *cognitor* s'effacèrent devant la tendance abstraite d'assimiler l'une et l'autre institution. Le point de départ pratique des réformes fut l'exemption de la caution *rati*. L'assimilation

1. Cours de Droit Romain, 4^e éd., t. II, § 187, p. 82.

au *cognitor* du *procurator* dont le mandat était constaté fut un résultat et non un but. Ce n'est que par degrés que l'idée nouvelle pénétra dans la jurisprudence, et il est intéressant de suivre dans les textes les étapes de ce progrès.

Parmi les *procuratores* exempts de la caution *rati*, le plus ancien est le *procurator præsentis*. Il est mentionné pour la première fois par Papinien (Frag. Vat., § 333) :

« Absentis procuratorem satisfacere debere
« de rato habendo recte responsum est ; multis
« enim casibus ignorantibus nobis mandatum
« solvi potest, vel morte vel revocato mandato.
« Cum autem certum est mandatum perseve-
« rare, id est, cum præsens est dominus, satis-
« dationis necessitas cessat. »

Le *procurator præsentis*, comme son nom l'indique, est celui qui est donné par un *dominus præsens* ; les lois 5, 6, 7 D. *De proc.*, III, 3, définissent ce qu'il faut entendre par *dominus præsens*.

La présence du maître garantit la continuité du mandat. La plupart du temps, le *procurator* est nommé *in jure* ; mais le mandat qui lui est donné n'a pas besoin d'être écrit, comme on l'a soutenu. Aussitôt que le *judicium* est constitué, le *procurator* est devenu le sujet du droit, de l'assentiment du *dominus*, et la présence de ce dernier devient superflue : s'il meurt, s'il révo-

qu'le mandat, rien n'est changé à l'état de choses existant.

Même il n'est pas nécessaire que la constitution du mandat ait été faite *a præsente domino* ; il suffit que le mandant ait assisté aux débats *in jure* jusqu'à leur fin : c'est ce qu'on peut déduire des Frag. Vat., § 326, 3.

D'ailleurs, la présence du *dominus* n'était pas nécessaire pendant tout le procès : présent au commencement de l'affaire, le *dominus* ne devait plus se retrouver que pour exercer l'action *judicati*.

La présence du *dominus* dans la *procuratio præsentis* a une tout autre signification que dans la *cognitio* : dans notre matière, la présence fait supposer la persistance du mandat donné ; dans la *cognitio*, au contraire, la présence est exigée eu égard à la solennité de la *cognitoris datio*.

Le *procurator præsentis* est mis en parallèle avec le *cognitor* dans les Frag. Vat., § 331 :

« Quoniam præsentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur, et in eum *judicati actio*. »

Comme, en cas de *cognitio*, l'action *judicati* appartient au *dominus*, s'il a triomphé, de même qu'elle est dirigée contre lui s'il a succombé. Mais cette action donnée au *dominus* était probablement une action utile ; car on continuait

à considérer l'action *judicati* comme devant être donnée au *procurator* et contre lui personnellement. Ce qui est certain, c'est que le *procurator præsentis* était un *procurator* spécial *ad agendum* : il diffère par là de l'ancien *procurator*, qui était un *procurator totorum bonorum*, et se rapproche du *cognitor*. L'assimilation du *procurator præsentis* au *cognitor* n'existait pas, il est vrai, relativement à la *cautio judicatum solvi* : elle devait être fournie par le *procurator* et non par le *dominus*. Néanmoins, le *dominus* lui-même, s'il était présent, pouvait sans aucun doute fournir la *cautio* à la place de son *procurator* ¹.

Après cette comparaison, on peut se demander si le *procurator præsentis* répondait aux nécessités de l'époque, ou bien si le *cognitor* n'aurait pas aussi bien, et même mieux, fait l'affaire que lui.

D'abord, il faut remarquer que, seul, un citoyen Romain pouvait nommer un *cognitor* ou être nommé *cognitor*.

Lorsque le droit de cité eut été octroyé à tous les habitants de l'Empire, la *procuratio præsentis* offrait, sur la *cognitio*, de grandes commodités : le *procurator præsentis* n'avait pas besoin

1. Keller, *La procédure civile et les actions chez les Romains* (trad. Capmas), § LVII, p. 236.

d'être constitué solennellement en présence de l'adversaire ; de plus, on pouvait lui donner, dans une seule *procuratio*, une liste de mandats spéciaux, même contre différents défendeurs.

Ainsi, on en était arrivé à dépouiller la constitution du *cognitor* de solennités inutiles. Il en était de ces formes comme de celles de la stipulation ; l'on ne retenait que celle qui présentait une utilité pratique, la présence des parties.

Une fois les anciennes formes abandonnées, pourquoi exiger encore la présence des parties ? Une déclaration authentique du *dominus* n'était-elle pas l'équivalent de sa déclaration orale ? Peu importait, d'ailleurs, que cette déclaration écrite fût déposée au greffe du tribunal, ou qu'elle revêtît la forme d'un libelle adressé au prince ou d'une notification à l'adversaire.

Le *procurator* « *apud acta constitutus* », dont l'apparition semble postérieure au *procurator præsentis*, est exempt comme lui de la caution *rati*.

Il est constitué d'une manière authentique et publique, soit par déclaration par devant le magistrat, soit au moyen du dépôt entre ses mains d'un pouvoir écrit conservé *inter acta*.

Le § 317 des Frag. Vat. indique son assimilation avec le *cognitor* : « *Apud acta constituto*
« *procuratori hæc satisfactio remitti solet ; nam*
« *cum apud acta nonnisi a præsentis domino*

« constituatur, cognitoris loco intelligendus
« est, »

Ce texte semble faire du *procurator apud acta constitutus* une variété du *procurator præsentis*. Un rescrit de Dioclétien (Code *De satisdando*, II, 56), est conçu dans le même esprit : « Non est
« juris incerti, eum qui apud acta factus est
« agentis procurator, non compelli ratam rem
« dominum habiturum satisdare : hoc enim
« casu veluti præsentis procuratorem interve-
« nire intelligendum est. »

Le *procurator apud acta constitutus* se rapproche du *cognitor*, plus encore que le *procurator præsentis* ; car le magistrat ici intervient du moins dans la forme de la constitution du *procurator*.

Mais l'assimilation n'est pas encore complète. Sévère exige que la caution *judicatum solvi* soit donné par le *procurator*, même constitué *apud acta*, et non par le *dominus*.

« Quæ satisdatio adeo necessaria est ut eam
« remitti non posse, etiamsi apud acta procura-
« tor constituatur, divus Severus constituerit. »
(Frag. Vat., VII, *De cogn. et proc.*, § 317.)

Une constitution de Dioclétien et Maximien, insérée au Code (Code II, XLVII, *De satisdando*), formule la même solution :

« Rei autem procurator vel defensor, etiam
« sub gestorum testificatione factus, in ipso litis

« limine judicatum solvi satisfactionem in om-
« nibus causis præstare cogitur. »

Les textes sont muets sur le point de savoir à qui compète l'action *judicati* en cas de constitution d'un *procurator apud acta factus*. Faut-il admettre la même solution qu'en cas de *cognitio* ou de *procuratio præsentis*? Il y a peut être lieu, pour répondre à cette question, de rechercher quelle était la force du mandat conféré.

Une variété du *procurator apud acta constitutus* est mentionnée par Ulpien (L. 21, *Dig. Rat. rem hab.* XLVI, 8): « Ne satisfactio ratam
« rem dominum habiturum exigatur in his,
« quæ nomine ejus ageret, qui eum se fecisse
« procuratorem libello principis dato professus
« est prodest ». C'est le *procurator* indiqué dans le rescrit remis au prince.

Enfin d'après un texte de Modestin, inséré au Digeste (L. 65, D. *De proc.*, III, 3), un *procurator* peut être nommé par une lettre adressée à l'adversaire: « Si procuratorem absens do-
« minus satisfactioe relevare velit, litteras suas
« ad adversarium derigere debebit, quibus
« significet, quem adversus eum procuratorem
« et in qua causa fecerit, ratumque se habitu-
« rum quod cum quo actum sit. » Mais ce texte semble avoir été remanié par les compilateurs du Digeste: la seconde partie, en effet, de la loi 65 *De proc.* reproduit certains termes du rescrit

de Dioclétien, qui assimile le *procurator apud acta factus* au *procurator præsentis*. (Code *De satisdando*, II, 56).

« Hoc enim casu litteris ejus adprobatis velut
« præsentis procuratorem intervenire intelli-
« gendum est. Itaque etsi postea mutata volun-
« tate procuratorem esse noluerit, tamen judi-
« cium quo quasi procurator expertus est, ratum
« esse debet. » (L. 65 *in fine* D. *De proc.*, III, 3).

« Hoc enim casu veluti præsentis procura-
« torem intervenire intelligendus est. Itaque
« etsi postea mutata voluntate procuratorem
« esse noluerit, tamen judicium, quo quasi
« procurator expertus est, judex ratum habere
« debebit. » (Code *De satisd.* II, 56.)

C'est ainsi que la jurisprudence s'acheminait pas à pas vers un principe général que nous trouvons formulé pour la première fois dans les écrits d'Ulpien, le plus novateur parmi les jurisconsultes de cette époque. « Verum procuratorem in judicium rem deducere verissimum est. » L. 56 D. *Dè judic.* V, 6.)

A la fin de l'époque classique, tous les *procuratores* qui ont un mandat spécial ou général, tous les gérants d'affaires qui ont obtenu la ratification du *dominus* déduisent en justice l'action de celui-ci ¹.

1. Huschke et Keller, nous l'avons vu, soutiennent qu'il en était ainsi au temps de Gaius.

Cette proposition est confirmée par plusieurs textes.

C'est d'abord la loi 11 § 7, D. *De exc. rei jud.*, XLIV, 2, d'Ulpien :

« Hoc jure utimur ut ex parte actoris in
« exceptione rei judicatæ hæ personæ contine-
« rentur, quæ rem in judicium deducunt : inter
« hos, erunt procurator, cui mandatum est,
« tutor, curator furiosi vel pupilli, actor muni-
« cipum : ex persona autem rei etiam defensor
« numerabitur, quia adversus defensorem qui
« agit litem in judicium deducit. »

Ici, comme on le voit, il n'est question ni du *cognitor* ni du *procurator præsentis* ou *apud acta factus*.

C'est ensuite la loi 56 D. *De judic.*, v, 6, du même auteur : « Licet procuratorem in judicio
« rem deducere verissimum est, tamen et si
« quis, cum procurator non esset, litem sit
« contestatus deinde ratum dominus habuerit,
« videtur retro res in judicium recte deducta ¹. »

C'est encore la loi 12 D. *De pactis*, II, 14 du même auteur également :

1. On objecte que ce texte a été remanié par les compilateurs du Digeste. — Dans la l. 24 C. *De proc.* II, 12, le mot « licèt » a été ajouté sans aucun doute, et le sens de la loi a une tout autre portée. Cette loi indique clairement que, si un *falsus procurator* a engagé la *litis contestatio*, le *judicium* est nul, mais que cette nullité peut être recouverte par la ratification du *dominus*.

« Nam et nocere constat, sive ei (procuratori)
« mandavi ut pacisceretur, sive omnium rerum
« mearum procurator fuit... cum placuit cum
« etiam rem in iudicium deducere. (Comp. L. 27
D. *De proc.*, III, 3; L. 10, Code *De proc.*, 2, 12.)

SECTION VI

Le procurator à l'époque de la procédure extraordinaire

Vers la fin du système formulaire, la *procuratio* avait été tellement modifiée, qu'elle se confondait presque avec la *cognitio*.

La Constitution de Gratien, Valentinien et Théodose de l'année 382, vint compléter cette assimilation. (L. 3, C. Th. *de cog. et proc.* 2, 12): « In principio quæstionis persona debet
« inquiri et utrum ad agendum negotium man-
« dato utatur accepto. Quibus rite et solemniter
« constitutis potest esse sententia; præteritis
« autem his nec dici controversiæ solent, nec
« potest esse iudicium. »

Ce texte se rapporte-t-il au *procurator* ou au *cognitor*? Il vise plutôt le *cognitor*, dont les pouvoirs durent être examinés dès le commencement du litige. Si, en effet, à partir des empereurs, la représentation judiciaire n'eût plus admis que des *veri procuratores*, quel sens présenteraient, dans la compilation de Justinien, les textes si

nombreux où l'on distingue entre le *verus procurator* à mandat incontesté, et le *procurator* dont le mandat est douteux? Dès lors, on s'explique facilement qu'au Code Théodosien le *cognitor* soit confondu avec le *procurator præsentis*, comme le montre la définition de l'*interpretatio* de la loi 7 de *cogn. et proc.*: « Cognitor
« est, cui sine mandato causam suam agendam
« præsens præsentis iudice litigator injungit. »

Dans les recueils de Justinien, toute trace du *cognitor* a disparu. Les compilateurs du Digeste et du Code ont partout remplacé le mot *cognitor* par le mot *procurator* ou *verus procurator*.

Les textes, en effet, font une distinction entre le *verus procurator* et le *falsus procurator*; si bien que la caution *de rato* n'est exigée que si le mandat est incertain : « Cautio rati habitionis
« tunc exigitur a procuratore quoties incertum
« est an ei negotium mandatum sit. « Const. I, code II, 13, *de proc.*) : « Sin autem per procuratorem lis infertur, vel suscipitur : in actoris
« quidem persona, si non mandatum actis innuatum est, vel præsens dominus litis in
« iudicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisfactionem procurator dare compellitur. » (Inst. IV, 11, § 3.)

Quant à la *cautio judicatum solvi*, elle doit

toujours être donnée, si le défendeur comparait par *procurator*.

Si le défendeur comparait lui-même et indique au juge qu'il désigne un *procurator*, dans ce cas c'est lui qui donne la caution *judicatum solvi* : « potest vel ipse in iudicium venire et sui « procuratoris per iudicatum solvi satisfactionis « solemnes stipulationes firmare¹. » Il peut aussi s'engager extrajudiciairement comme fidejusseur de son *procurator* : « vel extra iudicium « satisfactionem exponere, per quam ipse sui « procuratoris fidejussor existat pro omnibus « iudicatum solvi satisfactionis clausulis. » Le *dominus* doit, en outre, constituer hypothèque sur ses biens, et donner une nouvelle satisfaction garantissant sa présence lors du prononcé de la sentence.

Mais, si, en l'absence du *dominus*, un *procurator* se présente pour le défendre, c'est lui-même qui doit fournir la *cautio iudicatum solvi* : il reste soumis à la règle « Nemo alienæ rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur. »

1. Institutes. Liv IV, tit. II, § 4.



DROIT FRANÇAIS



LA NATIONALITÉ ET LE SERVICE MILITAIRE



INTRODUCTION



Les relations internationales, autrefois très restreintes, sont devenues générales entre les pays civilisés. Tout de nos jours devient international : n'avons-nous pas les expositions internationales, les banques de crédit international, les tarifs internationaux pour les postes et des sociétés financières internationales sans nombre ? « L'internationalité » est la conséquence naturelle du grand travail d'assimilation qui s'accomplit dans le monde entier.

Pourtant, c'est un fait curieux, à mesure que les peuples deviennent de plus en plus

semblables et leurs relations de plus en plus intimes, la nationalité des individus prend une importance nouvelle ¹. La question a préoccupé en ces derniers temps le législateur de presque tous les pays. Il en a été ainsi en Allemagne (loi du 1^{er} juin 1870, applicable à tout l'empire allemand, y compris l'Alsace-Lorraine, ordonnance du 8 janvier 1873), en Hongrie (loi du 20-24 décembre 1879), en Suisse (loi fédérale du 3 juin 1873), en Angleterre (*bill* du 12 mai 1870), en Espagne (loi du 30 juin 1876), au Luxembourg (loi du 27 janvier 1878), etc. En France, les lois du 26 juin 1889 et du 22 juillet 1893 ont accompli une réforme radicale dans la réglementation de la nationalité française. Or, dans toutes ces législations, tandis que les différentes manifestations de l'esprit juridique tendent à revêtir un caractère international, le droit de la nationalité présente un caractère de diversité qu'on ne retrouve peut-être dans aucune autre matière juridique.

D'où vient cette diversité? Elle vient de ce que les législations envisagent la nationalité en se plaçant, non au point de vue des principes,

1. M. Crispi a fait dernièrement (mai 1894) à la Chambre italienne, à propos de la discussion du budget de la guerre, une déclaration contraire : « Le monde marche ; désormais, la question de nationalité n'a plus la même importance qu'il y a quarante ans. Les questions humanitaires remplacent de plus en plus celle des nationalités. »

mais au point de vue de leurs intérêts ¹.

Les Américains, suivant leurs propres expressions, « ont parfaitement conscience que toute nation a le droit de construire le système de ses lois d'après ses propres nécessités ». En France, on a répété maintes fois que « les meilleures lois qu'un peuple puisse se donner sont celles qui lui permettent le mieux de soutenir la concurrence dans la paix comme dans la guerre » ² : c'est ainsi que la théorie de la nationalité a été faussée sous l'influence des idées militaires.

« Il n'y a pas de principe absolu en cette matière, disait M. Naquet le 13 novembre 1886 au Sénat. Le principe qu'on doit faire prévaloir dépend des circonstances du milieu, dépend, en un mot, de l'intérêt de la nation, qui peut ne pas être le même en 1886 qu'en 1804 ³. » Pour si respectables que puissent être des traditions et des doctrines, disait également M. Antonin Dubost à la Chambre des députés, le 7 nov. 1887, la nécessité d'assurer l'ordre social constitue un point de vue supérieur. » ⁴ L'histoire de nos débats parlementaires nous fournit

1. M. Leviez disait à la Société de législation comparée (*Bull. Soc. leg. comp.* 1880, p. 406) : « En matière de loi sur la naturalisation, le danger que court involontairement le législateur de chaque pays, c'est de se placer en quelque sorte à un point de vue subjectif. »

2. Raoul Frary, *la question du latin*, p. 156.

3. Déb. parlém., Sénat, p. 1886.

4. Journ. Off., sess. extraord. 1887, annexe 2083, p. 234.

bien la preuve que dans le courant du siècle, le législateur, se plaçant au point de vue utilitaire, a associé dans une certaine mesure les idées de nationalité et de recrutement, puisque toutes les fois que la question de recrutement s'est posée, la question de l'incorporation des étrangers s'est posée également. Mais le législateur de 1889 est allé plus loin : la loi du 26 juin sur la nationalité a eu pour but avoué d'augmenter le nombre des soldats français par l'assimilation des éléments étrangers.

A l'heure actuelle, en présence de l'Europe armée et de l'accroissement que subissent encore les populations d'Allemagne, d'Italie, d'Autriche, il faut à tout prix que nous évitions de nous dépeupler, sans quoi nous serons inévitablement subjugués. « Actuellement, dans notre Europe continentale, la généralisation du service militaire à tout homme valide donne aux nations à population nombreuse et rapidement croissante une puissance que ne peuvent égaler les nations qui, comme la nôtre, ne présentent qu'un accroissement minime » ¹. Mais peut-on, soit par un enseignement philosophique ou religieux, soit par des modifications dans nos lois successorales, soit par des

1. Gustave Lagneau. *Remarques anthropologiques et démographiques*. Bulletin de l'Académie des sciences morales et politiques 1890, 1^{er} semest., p. 756.

récompenses aux familles nombreuses, soit même par des pénalités, telles que l'impôt sur les célibataires, arriver à un relèvement de la natalité? Tous les exemples du passé semblent démontrer que cette espérance serait chimérique. Il serait inutile de recommencer, après les Romains, une expérience qui doit fatalement échouer, comme échouera toujours tout ce qui est en opposition avec l'évolution naturelle de l'humanité. Le remède qu'on a proposé en 1889 a été ce qu'on a appelé l'adoption, c'est-à-dire la mainmise sur les étrangers par suite de l'admission très extensive du *jus soli*.

En attribuant au sol le pouvoir de fixer la nationalité de l'enfant, et même de la fixer irrévocablement dans un cas (Code civil, art. 8 nouveau 3°) le législateur de 1889 s'est, avant tout, placé au point de vue de l'utilité pratique qu'offrait un tel système pour la France, peu féconde en citoyens, en soldats. « Puisque nous ne faisons plus assez d'enfants, faisons des recrues. La filiation naturelle étant insuffisante, pratiquons l'adoption ¹ » : tel a été le mot d'ordre. Le respect des principes théoriques, l'éventualité des conflits de loi ont toujours cédé à cette idée : « Nous ne faisons une loi que pour avoir des Français, et non en perdre. » C'est ainsi que, contrairement

1. P. Leroy-Baulieu dans le *Journ. du dr. int. priv.*, 1888, p. 178.

aux principes les plus élémentaires de la logique et du droit, la loi française, qui impose, dans certains cas, notre nationalité à des individus qui naissent de parents étrangers sur notre sol, décide que l'enfant qui naît de parents français sur le sol étranger, est encore français. C'est ainsi encore que les enfants mineurs sont associés aux changements de nationalité de leur père, quand ils se produisent au profit de la France ; mais, si ces changements, au contraire, ont lieu à son préjudice, ils y restent étrangers.

Le législateur de 1889 a donc méprisé complètement le point de vue doctrinal : son œuvre ne peut être légitimée au point de vue rationnel, encore moins au point de vue sentimental. Il ne s'est pas attaché à la naissance sur le sol, parce qu'elle fait penser que, là où l'enfant naît, c'est là qu'il passe son enfance sous l'influence absorbante des mœurs et des aspirations du pays où il vit ¹. La loi sur la nationalité est une loi politique au premier chef.

Dans cette lutte de l'utilité et de la logique, le Conseil d'État exposa infructueusement un système basé sur de véritables principes. Partant d'un point de vue doctrinal absolu, admettant comme un dogme que le fait de la naissance sur le sol ne pouvait créer un droit, le Conseil d'État

1. Geouffre de Lapradelle, p. 152 et 238.

proclamait que la nationalité ne pouvait résulter que de la filiation, et il exigeait la naturalisation, dans tous les cas où le Code civil lui-même (art. 9, 10, 18 et 19) se contentait d'une simple déclaration pour l'acquisition ou le recouvrement de la qualité de Français. Il ne fallait, d'après le Conseil d'État, ne donner cette qualité qu'à bon escient, et ne pas s'exposer à faire de déplorables acquisitions en admettant une naturalisation de droit, moyennant de simples déclarations qui sont à la portée des méchants et des bons.

Malheureusement, ces conseils prudents ne furent pas écoutés ; le Parlement se laissa influencer par les publicistes. « Il faut, disait M. Leroy-Baulieu, dans un remarquable article des *Débats*, absorber les étrangers et les naturaliser... Ce sera pour nous un accroissement de forces.... et, puisque le nombre de nos naissances est insuffisant, enrichissons-nous chaque année d'un bon nombre d'enfants adoptifs ¹. »

M. Gide, reprenant cette thèse et apportant au *jus soli* l'appui de son opinion, disait des étrangers : « Ce sont des enfants tout faits, et qui ne nous coûteront rien ². » La question se présenta sous des couleurs sombres devant les Chambres. « Je dis que c'est là un spectacle attris-

1. *Journal des Débats*, 1^{er} juillet 1887.

2. Gide, *Revue d'Économie politique*, 1887, p. 207.

tant, disait M. de Lamarzelle dans la discussion de la loi sur le recrutement, surtout quand on jette un coup d'œil sur l'histoire, et qu'on voit qu'il n'y a pas que les invasions armées qui viennent à bout des peuples, même les plus forts ; que les invasions par infiltrations sont parfois plus sûres, et que, du reste, elles précèdent presque toujours les autres. Le danger que je signale ici est, je le sais, encore bien éloigné de nous ; mais rappelez-vous que les peuples qui ont fini de cette façon, ont mis plusieurs siècles à périr. » Pour enrayer le péril qui résultait pour notre race de sa faible natalité et de l'accroissement inquiétant du nombre des étrangers, le législateur crut devoir sacrifier les principes et la logique pure.

En subvenant aux nécessités de la France moderne, le Parlement a fait de la loi sur la nationalité une loi de droit interne.

On a coutume de dire que la matière de la nationalité fait partie intégrante et nécessaire de la législation de chaque pays, qu'elle touche au droit international, mais n'en fait pas partie. On représente comme incontestable le droit pour chaque État de déterminer selon son intérêt les conditions suivant lesquelles s'acquiert ou se perd la citoyenneté ¹.

1. Calvo, *Dictionnaire de droit international*, II, v^o *Nationalité* ; Fiore, *Droit int. priv.*, p. 106, etc.

En admettant pour un instant que la nationalité soit de droit interne, est-ce une raison pour que chaque État use de son indépendance pour la régler à sa guise? Répondre affirmativement à cette question, c'est affirmer que la nationalité est le résultat d'une mainmise de l'État sur l'individu. Mais, comme le fondement juridique de la nationalité réside, à notre avis, dans un contrat synallagmatique intervenu entre l'État et chaque individu qui en dépend¹, si mobile que soit la législation, elle ne peut dépendre uniquement des circonstances. Le droit des obligations, en effet, repose sur une analyse psychologique de la volonté des parties, qui existe en dehors du législateur, qui est au-dessus de lui, qui s'impose à lui. Le droit de la nationalité contractuelle, en un mot, devrait avoir pour base des principes fixes et certains, même s'il faisait partie du droit interne.

Mais c'est, croyons-nous, une opinion tout à la fois banale et erronée de poser en principe que la nationalité est une matière de droit interne; selon nous, elle fait partie intégrante du droit international.

Si l'on admet, avec les auteurs, qu'il appartient à la législation de chaque pays de régler selon

1. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit int. priv.*, t. 1. *La nationalité*, p. 7; Cogordan, *La nationalité au point de vue des rapports internationaux* (2^e éd.), p. 7.

le cachet national le droit de la nationalité, il faut admettre en bonne logique que le cachet national est incompatible avec l'esprit international. S'il en est ainsi, que signifient, dans une matière purement interne, circonscrite, limitée à un territoire, ces principes fondamentaux de droit international que ces mêmes auteurs signalent au législateur comme un idéal à atteindre dans la loi positive, à savoir que toute personne doit avoir une nationalité, que nul ne peut avoir deux nationalités, que tout individu doit être libre de changer de patrie ? N'y a-t-il pas contradiction à admettre que, dans une matière de droit interne, le progrès consiste à appliquer les principes de droit international ?

La théorie qui laisse chaque État maître d'édicter séparément et, par là même arbitrairement, les lois sur la nationalité qu'il juge indispensables à sa conservation, nous semble être la source et la légitimation de tous les conflits qui s'élèvent sur la matière. Mais ces conflits eux-mêmes prouvent que la nationalité est bien de droit international.

Cette théorie, en effet, mise en pratique par le législateur de 1889, si elle a réussi dans une certaine mesure à mettre obstacle à l'héimutlosat, a donné lieu au cumul des nationalités. Pour faire disparaître sur le sol de la patrie certains individus qui, indifférents aux affaires publiques,

indifférents à la paix et à la guerre, cherchent à se cantonner dans leur cosmopolitisme, on a exposé de plus en plus certains autres à avoir deux patries, c'est-à-dire à commettre une trahison à l'égard de l'une, s'ils épousent volontairement la cause de l'autre.

L'étude du cumul des nationalités offre un intérêt spécial aujourd'hui en France, parce que cette situation, illogique et dangereuse, ¹ est la conséquence directe du système inauguré par le législateur de 1889, en conférant la nationalité à des individus qui peuvent être engagés dans les liens d'une nationalité étrangère. Le cumul des nationalités est tellement contraire au droit des gens que la possibilité d'une semblable situation a été niée par certains jurisconsultes. Laurent ² regarde la double nationalité comme une « impossibilité naturelle et juridique », parce que nous n'avons pas deux sangs qui coulent dans nos veines. « Le service militaire, dit-il, est le devoir de tout citoyen : puis-je être soldat à la fois en France et en Allemagne ; et, quand la guerre éclate, combattrai-je comme Allemand ma patrie française, ou comme Français ma patrie allemande ? » V. Bar ³ nie également la

1. M. Riedmatten félicite cependant la loi suisse d'admettre le cumul des nationalités. *Bulletin de la Soc. de lég. comp.*, 1880, p. 400.

2. Laurent, *Droit civ. int.*, III, p. 258.

3. V. Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts* (2^e éd., 1889, I, p. 257 et 258 : mehrfache Staatsangehörigkeit.

possibilité de ce cumul, parce que le même individu ne peut prêter simultanément fidélité à deux États indépendants Püttlingen¹, Unger², Heffter³ s'appuient, pour rejeter la double nationalité, sur ce que la qualité de sujet d'État opère une soumission entière sous l'empire de cet État, et qu'il n'est pas plus possible de diviser la sujétion que de diviser la personnalité humaine. S'il n'est pas douteux qu'on doive admettre en principe que la même personne ne peut avoir deux patries, il n'en faut pas moins reconnaître que la double nationalité résulte du droit positif, et surtout de la législation française de 1889. C'est ce qu'admettent Fiore⁴, Calvo⁵, Brocher⁶, V. Martiz⁷, etc. Telle est la résultante forcée du système qui consiste à regarder la nationalité comme de droit purement interne.

On aperçoit facilement la situation compliquée qu'entraîne une double nationalité, notamment au point de vue du service militaire. L'individu

1. Püttlingen, *Handbuch des in Oesterreich-Ungarn geltenden internationalen Privatrechts*, § 12, p. 41 (2^e éd. Wien 1878).

2. Unger, *System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts*, p. 293.

3. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart* (trad. J. Bergson, p. 133).

4. *Dr. int. priv.*, n° 328.

5. *Dr. int. théorique et pratique*, § 648, II, p. 139.

6. *Dr. int. priv.*, I, n° 70, p. 240.

7. *Das Recht der Staatsangehörigkeit in internationalen Verkehr in Hirt's Annalen für das deutsche Reich*, 1875.

ayant deux nationalités se trouve avoir deux lois nationales : laquelle doit-on lui appliquer ?

S'il appartient au droit international, qui est l'ensemble des règles pratiquées par les nations pour la solution des conflits entre les lois de plusieurs pays au sujet des intérêts privés de leurs nationaux, de s'occuper de toutes ces questions, n'est-ce pas là une preuve garante que nous sommes dans le domaine du droit international ?

Lorsqu'une personne a plusieurs nationalités, Savigny¹ se prononce, en cas de contestation, pour le système de la plus ancienne nationalité, et cela, parce que rien ne motive le changement du droit local constitué par la première nationalité. Mais quel est l'État qui tolère qu'un individu, reconnu national d'après ses lois, n'accomplisse pas le service militaire comme tous les autres citoyens ? D'autres auteurs² admettent que le système le plus pratique consiste à appliquer à l'individu celui du pays où se trouve son domicile actuel. Mais il est inconcevable qu'un individu puisse changer de patrie en changeant de domicile, à moins d'admettre qu'il puisse avoir deux patries, comme il peut avoir deux domiciles, l'un à la ville, l'autre à la cam-

1. *System des heutigen roemischen Rechts*, VIII. (Trad. Guénoux, p. 103.)

2. Weiss, *op. cit.*, p. 332. — Asser et Rivier, *Dr. int. priv.*, p. 47, n° 18.

— Vincent et Pénaud, *vo Nationalité*, n° 4.

pagne¹. Il importe, d'ailleurs, de bien remarquer que c'est là une solution qui n'a de racines dans aucun principe.

Les conventions diplomatiques, qui sont pour beaucoup la forme positive type des principes internationaux, offrent également un moyen efficace mais partiel pour trancher les conflits en matière de nationalité. La nationalité est en effet précisément signalée par M. V. Bar² comme un point particulier sur lequel l'influence des traités pourrait utilement s'exercer. Cet auteur reconnaît des principes généraux en matière de conflits, sans se dissimuler du reste les difficultés que l'on éprouve à les faire passer dans la pratique des diverses nations, et notamment dans les traités, qui sont des espèces de tournois où chacun cherche à s'assurer le plus d'avantages possible.

Ces différents moyens dont s'occupe le droit international pour corriger les difficultés du droit de la nationalité sont, comme on peut en juger, bien imparfaits; et la possibilité des doubles nationalités reste une lacune considérable dans le droit moderne des États civilisés. Aussi doit-on chercher les moyens propres à prévenir ces conflits pour l'avenir en envisageant la

1. Bluntschili, *Théorie générale de l'Etat*, p. 139. Note de M. Riedmatten.

2. V. Bar, *Theorie und Praxis*. (t. 1, p. 13 et 259 et suiv.)

nationalité, non comme une matière de droit interne, mais de droit international. L'insuccès de tous les systèmes proposés jusqu'ici paraît bien une raison de penser que là se trouve la véritable solution ; car, si, sur la même matière juridique, les divers pays émettent des principes différents, comment réduire des conflits qui, en raison de leur origine, portent ce caractère fatal d'être insolubles, irréductibles ?

Il y a au système que nous proposons une objection qui, au premier abord, ne manque pas de gravité. On nous reprochera de ne pas tenir compte des nécessités qu'impose aux États le légitime souci de leur conservation matérielle, et de faire ainsi bon marché de leur indépendance en matière législative. La nationalité n'est-elle pas en effet considérée comme une de ces matières qu'on appelle en France matières d'ordre public, relativement auxquelles on ne conçoit pas qu'une loi étrangère puisse substituer son autorité à celle de la législation nationale ? Tant que l'on admettra comme nécessaire l'existence d'États séparés et respectivement indépendants, ne sera-t-on pas forcé d'admettre que chaque souverain a le droit de pourvoir dans ses domaines au maintien de l'ordre public, dans la mesure et de la façon qui lui paraissent les plus convenables ?

Sans doute il ne peut être question de forcer

les divers États à conformer leurs lois sur la nationalité aux principes du droit international. En matière internationale, l'obligation au sens rigoureux du mot n'existe jamais; mais ne peut-on pas espérer obtenir de bon gré des divers États les réformes que l'on doit renoncer à leur imposer par la force?

A nos yeux, cette espérance est très légitime, très fondée en matière de nationalité. Les divers États ont dû reconnaître que leur véritable intérêt n'était pas là où pendant longtemps ils avaient cru le voir, et les législateurs se sont souvent résolus à prendre un chemin opposé à celui dans lequel ils avaient longtemps marché. C'est ainsi que, dans l'ancien droit, le principe de la personnalité des lois d'état et de capacité n'était admis que comme une exception à la loi générale de la réalité, encore le limitait-on de toute façon. Ces vicissitudes appartiennent à l'histoire; la vérité a vaincu l'erreur: le même fait ne peut-il pas se reproduire en matière de nationalité? Nous le croyons, parce que, tant que l'Europe restera un camp armé, le critérium de la nationalité sera de plus en plus le service militaire. Dès lors, il est de l'intérêt commun des États de couper court aux surprises que peut actuellement produire la variété que l'on observe à ce sujet dans les diverses législations. C'est donc en se plaçant au point de vue international

qu'on peut remédier en grande partie aux inconvénients que présente l'indépendance absolue des États sur le terrain de l'ordre public.

D'ailleurs, en présence du militarisme à outrance, tel qu'il est pratiqué à l'heure actuelle sur le continent, une loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité est de celles qui se prêtent, comme le disent les Anglais, à l'assimilation, c'est-à-dire à l'uniformité. En effet, les caractères d'une loi uniforme s'y rencontrent, à savoir : 1° identité d'inconvénients, 2° identité d'intérêts, 3° identité de but, 4° opportunité. C'est ce que soutenait M. Becker le 19 juin 1878, en soumettant à la Société de législation comparée un essai de loi uniforme sur la nationalité. « J'estime, pour ma part, disait un des présidents de cette Société ¹, qu'il serait fort difficile de trancher par de simples conventions diplomatiques des questions qui sont réglées par la législation particulière de chaque État; il faudrait commencer par modifier les lois de l'un et de l'autre pays : l'accord international ne me paraît pouvoir se faire que sur la nécessité de ces modifications parallèles. » C'était aussi l'avis de M. Camille Sée, qui déclarait au Sénat que, « seul, un congrès composé de représen-

1. Le président Larombière, *Bul. de la Soc. de leg. comp.*, 1878, p. 403.

tants des principaux États, arrêtant en commun les principes dont s'inspireraient ensuite les différentes nations dans l'élaboration de leurs lois sur la nationalité pourrait, sinon faire disparaître, du moins limiter les causes de conflits » ¹.

1. Sénat, 1^{er} nov. 1886, Journ. Offic.; Débats 1886. p. 1182.

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE

La relation qui existe entre les lois qui concernent la nationalité française, les moyens de l'acquérir et ceux de la perdre et notre système militaire est tellement évidente aujourd'hui, qu'on considère celui-ci comme la fonction, la mise en œuvre de celle-là. Cette notion, indiscutable maintenant, n'a pas toujours existé; elle s'est développée peu à peu dans le courant du siècle pour aboutir à de graves exagérations.

Au moment où commence la Révolution française, le service militaire n'était pas réservé aux nationaux seuls. La classe des miliciens soumis au tirage dans les provinces se trouvait par suite de privilèges et d'immunités, réduite à un chiffre aussi arbitraire qu'insignifiant. Si l'enrôlement volontaire ou, pour mieux dire, le racolage forcé formait, au point de vue du recrutement, le fonds de l'armée en France, à l'insuffisance du nombre des troupes nationales, il était suppléé par l'entretien de régiments mercenaires, composés de Suisses, d'Allemands, d'Italiens, de Suédois, de Hongrois et de Polonais. Pour servir en France, il importait

peu d'être français ou étranger; un étranger pouvait être soldat dans nos armées comme maintenant il peut être ouvrier dans nos usines.

La Révolution, dans ses débuts, malgré son esprit égalitaire ¹, adopta ces idées avec exagération. Il n'y avait plus de classes: tous les hommes étaient égaux devant la loi; la fraternité des hommes appelait la fraternité des peuples, il fallait renverser les barrières élevées entre les nations par la seule haine des tyrans, comme on avait jeté bas celles qui séparaient les citoyens: ne sommes-nous pas tous citoyens du monde? Les personnages politiques d'alors auraient pu s'écrier, comme un de nos hommes politiques contemporains: « Nous sommes de ceux qui pensent que, pour la France, il n'y a pas d'étrangers ². » Sous l'influence de ces idées humanitaires, il eût été contradictoire d'exiger du soldat un brevet de civisme, alors que l'étranger pouvait, par sa seule volonté, s'arroger une nationalité nouvelle sans qu'on pût s'opposer à son admission.

Les événements montrèrent l'inanité de ces tendances cosmopolites. La circonstance était mal choisie pour convier les peuples à la frater-

1. Le service personnel proposé par Boutihier, qui n'admettait d'exemption que pour le monarque et l'héritier présomptif de la couronne fut rejeté. Séance du 17 nov. 1784. Archiv. diplom.

2. Discours Clovis Hugues, Chambre des Dép., 24 fév. 1882.

nité universelle : la réaction se produisit. Alors qu'à un moment donné, on avait pu acquérir la qualité de Français sans le savoir, on exigea une volonté bien arrêtée pour obtenir cette faveur : « Faites qu'on s'enorgueillisse du titre de citoyen français », disait le citoyen Porte dans la discussion sur le projet de recrutement qui devait devenir la loi du 19 fructidor an VI.

Après avoir établi que tout Français est soldat et se doit à la défense de la patrie (art. 1), cette loi porte que nul Français ne sera admis à l'exercice du droit de citoyen, ne pourra recueillir une succession, un legs, pension, donation ou autres avantages, de quelque nature qu'ils soient, qu'en satisfaisant à la loi militaire. (Art. 54 et 55.) Cette disposition fut attaquée comme inconstitutionnelle. On fit valoir que les droits de citoyen étaient déterminés et définis, qu'il n'appartenait pas à une loi sur le recrutement d'apporter des modifications aux principes de la nationalité ¹. Elle fut néanmoins adoptée pour des raisons d'intérêt pratique. « Représentants du peuple, disait le citoyen Duplantier, vos ennemis ont frémi quand ils ont appris que, par une conception sublime et par les plus faciles moyens, vous aviez mis à la disposition de l'État un million d'hommes toujours prêts à

1. Monit. Universel, an VI, p. 1339.

marcher. Diminuez quelque chose de ces formidables moyens et vos ennemis, tant de fois vaincus, oseront croire à la possibilité d'un triomphe¹. »

La relation entre la nationalité et le service militaire se fait donc jour nettement dans cette loi, qui fournit aux armées de la Révolution et de l'Empire la masse de soldats nécessaire pour maintenir la domination française. La Révolution avait proclamé le droit pour les peuples de disposer d'eux-mêmes; jetée au vent pendant la tempête, l'idée a germé et fructifié : à la voix de la France, les nationalités endormies se sont réveillées; elles ont secoué leurs suaires, elles se sont appelées, rejointes, et, les armes à la main, elles ont réclamé l'existence.

Est-il besoin de dire que la présence de mercenaires dans l'armée française semblerait incompréhensible, quand paraissait la loi du 17 ventôse an VIII, qui mettait à la disposition du Gouvernement tous les Français de vingt ans, y compris les infirmes qui ne pouvaient payer une certaine taxe ou se faire remplacer.

C'est sous l'influence de ces circonstances que survint au Conseil d'État la discussion du titre, de la jouissance et de la privation des droits civils. (Séance du 6 thermidor, an IX, 25 juillet 1801.)

1. Monit. Univ., an VI, p. 1339.

Les articles 1 et 2, soumis à la discussion étaient ainsi conçus :

ARTICLE PREMIER. — Toute personne née d'un Français, et en France, jouit de tous les droits résultant de la loi civile française.

ART. 2. — Tout enfant né en pays étranger d'un Français est Français.

Le premier consul, qui se préoccupait du côté politique de la question de nationalité, combattit cette idée; il voulait avoir plus de citoyens et, partant, plus de soldats. Il proposa la rédaction suivante : « Tout individu né en France est Français. » Il fit observer que, si les individus nés en France d'un père étranger n'étaient pas considérés comme étant de plein droit Français, alors on ne pourrait soumettre à la conscription les fils de ces étrangers qui s'étaient établis en grand nombre en France, où ils étaient venus comme prisonniers ou par suite des événements de la guerre. Selon lui, on ne devait envisager la question que sous le rapport de l'utilité. Il fallait étendre l'empire des lois civiles françaises.

La proposition du premier consul ne trouva pas beaucoup d'objections devant le Conseil d'État. Tronchet, tout en faisant remarquer que la naissance sur le territoire ne donnait que l'aptitude d'acquérir la qualité de Français, et que cette jouissance ne devait appartenir qu'à celui

qui déclarait vouloir l'accepter, trouva qu'en envisageant la question sous le rapport de l'utilité, on la réduisait à ses véritables termes. Portalis observa qu'il n'y avait point d'inconvénients à déclarer Français l'individu né en France ¹.

Cette rédaction fut défendue par Boulay au corps législatif ²; mais, au sein du Tribunal, elle rencontra une vive opposition, dont les motifs sont déduits dans un rapport de Siméon ³ et dans un cahier d'observations de la section de législation du Tribunal. « Si chaque nation fait une telle déclaration, disait le tribun Siméon, nous perdrons autant de Français que nous en gagnerons... Cependant, l'article est bon en lui-même. Quelque riches que nous soyons en population, nous pouvons acquérir encore. Ouvrons nos portes aux étrangers. Profitons du hasard qui leur donnera des enfants chez nous, mais ne nous en saisissons pas malgré eux. C'est une offre que nous leur devons faire, un bienfait que nous leur accorderons ; mais ne leur imposons pas une servitude. »

Par suite de cette dissidence, des conférences officieuses furent ouvertes entre les sections de

1. Loqué, n. p. 33 et suiv.

2. Loqué, II, p. 218.

3. Loqué, II, p. 249.

législation du Conseil d'État et du Tribunat; et le Conseil d'État, abandonnant son système pour se ranger à celui qui avait pris naissance dans le Tribunat admit que l'étranger né d'un Français en pays étranger est français (art. 10), et que tout individu né en France d'un étranger pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français, pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année à compter de l'acte de soumission. (Code civil, art. 9.)

Ainsi, le législateur de 1801, sans se laisser émouvoir par la tourmente qui grondait sur la France, crut devoir poser les véritables principes en substituant à la règle du *jus soli*, celle du *jus sanguinis*: c'est un fait curieux qu'à cette époque, qui présente plus d'une ressemblance avec la notre au point de vue du militarisme, l'idée de Napoléon ait été rejetée, alors qu'elle devait être à peu près consacrée à la fin du siècle. En 1801, le législateur innove en se plaçant au point de vue juridique; Napoléon demande le maintien de l'ancien droit en se plaçant au point de vue utilitaire.

Avec la Restauration revinrent les tendances cosmopolites prônées par les philosophes idéologues; si bien qu'on pouvait dire que la patrie ne pouvait plus apercevoir dans ses citadelles

que des baïonnettes étrangères¹. C'est en vain que des orateurs² représentèrent lors de la discussion de la loi sur le recrutement du 10 mars 1818, qu'il n'y a de bonne armée qu'une armée nationale d'où sont exclus les étrangers, et que des régiments étrangers, dont le service si chèrement payé par le Trésor public est un sujet de douleur pour tout véritable Français, ne suppléeront jamais des régiments nationaux. M. de Bonald s'écriait victorieusement à la tribune : « Que manquait-il aux armées de César et de Pompée pour être des armées nationales : n'étaient-elles pas composées de citoyens Romains?... Que manquait-il aux armées Fairfax et de Cromwell pour être des armées nationales ? n'étaient-elles pas composées de citoyens anglais?... Que manquait-il aux armées de Buonaparte pour être des armées nationales ? n'étaient-elles pas composées de citoyens français, nés presque tous dans le berceau de la Révolution?... Laissons donc l'armée ce qu'elle est. » « Les nobles amis qu'on se plaisait à qualifier d'étrangers »³ purent s'introduire dans l'armée, ainsi qu'il résulte de la discussion de l'art. 2 de la loi sur le recrutement. M. Chauvelin, ayant présenté un amendement

1. Arch. diplom. 1817, 18, 60, p. 338 : discours Chabrun de Solhiac.

2. Archiv. diplom., 1817, 18, 20, p. 310 : discours du baron Bignon, p. 463 : discours Dupont de l'Eure.

3. Archiv. dipl. 1817, 18, 60, p. 361 : discours Chabrun de Solhiac.

ainsi conçu : « Tout homme sera reçu à contracter un engagement volontaire sur la preuve qu'il est né Français, qu'il est âgé de dix-huit ans, qu'il jouit de ses droits civils », ¹ afin d'empêcher qu'on ne reçût des étrangers à souscrire des enrôlements volontaires pour servir dans les troupes françaises, se vit opposer la question préalable, parce que « ce serait une exclusion donnée à une faculté qui existait par le fait » ².

Si des étrangers entraient dans l'armée, il existait, en revanche, dans la plupart des départements frontières, un grand nombre d'individus qui avaient des établissements en France, qui y étaient domiciliés sans aucun esprit de retour, qui possédaient des propriétés, qui jouissaient de tous les avantages des citoyens français et qui, lorsqu'il s'agissait de subir la charge onéreuse du recrutement excipaient de leur qualité d'étrangers. C'était pour eux, non seulement une immunité, mais encore un privilège ; car, dans les fermes et les manufactures, on les préférait aux nationaux, précisément parce qu'ils n'étaient pas atteints par la loi sur la conscription ³.

Préoccupé de porter un remède à un tel état de choses, le maréchal Soult, ministre de la

1. Archiv. diplom. 1817, 18. 20, p. 520 : discours Chauvelin.

2. Arch. diplom. 1831, 71, p. 158 : discours Poulle.

3. Archiv. diplom., 1831 71, p. 218 : discours de Tracy.

guerre, déposa au nom du Gouvernement un projet de loi sur le recrutement, le 17 août 1831. « Notre armée, disait-il, sera essentiellement nationale; mais il a paru juste, sans altérer ce caractère distinctif de nos forces militaires, de soumettre aux obligations de la loi de recrutement les jeunes gens nés en France de parents étrangers et qui acquerraient la qualité de Français en vertu de l'article 9 du Code civil. Nul ne pourra jouir en France des droits inhérents à la qualité de Français sans supporter sa part de la charge imposée à la grande famille qui l'adopte¹. »

La commission de la chambre alla plus loin; elle présenta un amendement ainsi conçu : « Tout individu né en France de parents étrangers et domiciliés depuis vingt ans sera soumis aux obligations imposées par la présente loi, et considéré comme ayant rempli les formalités exigées pour être admis à jouir de l'art. 9 du Code civil. » Le rapporteur du projet de loi, M. Passy de l'Eure, insista avec force sur la nécessité de ne plus laisser aux étrangers le droit exorbitant de vivre et de mourir sous la protection des lois d'un État sans participer à ses charges : continuer les errements du passé, c'était constituer et perpétuer en France une sorte de caste

1. Archiv. diplom., 1831, 63, p. 273.

investie du privilège exorbitant de ne porter les armes pour aucun pays ¹. Mais on reprocha à l'amendement de s'appuyer sur un système étroit et mesquin : celui d'augmenter quelque peu le nombre de nos soldats ². Il fut vivement combattu par le colonel Lamy comme apportant une modification à l'article 9 du Code civil : « S'il y a lieu, disait-il, de faire une modification, qu'elle le soit en son lieu et avec sa véritable acception, c'est-à-dire comme révision du titre I^{er} du Code civil, et qu'elle ne soit pas introduite sous forme d'un amendement à une loi toute spéciale..... Lorsque vous croyez vous occuper de faire des conscrits avec des Français, vous faites des Français avec des conscrits..... Quelques soldats de moins et quelques garanties de plus, la nation comme l'armée n'hésitera pas sur le choix » ³. La chambre des députés, tout en reconnaissant la puissance des observations de la commission, ne voulut pas qu'un étranger pût être déclaré Français sans sa volonté, sans qu'il eût, de son plein gré, rempli les formalités au moyen desquelles s'acquiert cette qualité. La chambre des Pairs maintint également le principe, et son rapporteur s'en

1. Archiv. diplom., 1831, 69, p. 533 ; discours Passy.

2. Archiv. diplom., 1831, 71, p. 153 ; discours Poule.

3. Archiv. diplom., 1831, 27 octobre : discours de Tracy.

3. Archiv. diplom., 1831, 71, 28 octobre 1831.

expliqua en ces termes : « Cette solution, bien que contraire à des intérêts qui nous sont chers, est basée sur la loi, et d'ailleurs conforme aux règles suivies dans la plupart des États avec qui nos relations sont habituelles ¹ ».

L'article 2 de la loi du 21 mars 1832 dispose que « nul ne sera admis à servir dans les troupes françaises s'il n'est français, et que tout individu né en France de parents étrangers sera soumis aux obligations imposées par la présente loi, immédiatement après qu'il aura été amené à jouir du bénéfice de l'art. 9 du Code civil ». L'instruction du 30 mars 1832 recommande aux maires d'inscrire sur les tableaux de recensement de la classe qui sera appelée dans l'année les étrangers qui auront été admis à jouir du bénéfice de cet article.

L'art. 2 de la loi du 21 mars 1832 ne produisit pas beaucoup d'effet : les étrangers continuèrent à affluer en France, tout en évitant les charges de la nationalité. En 1837, le ministre de la guerre consulta le ministre des affaires étrangères sur le projet de modifier le § 2 de l'article 2 de la loi du 21 mars 1832, en soumettant à la loi du recrutement tout individu né en France de parents étrangers, dans l'année qui suivrait l'époque de sa majorité. Mais le

1. Archiv. diplom., chambre des Pairs, 1832, 74, p. 24.

ministre des affaires étrangères répondit que le souverain n'avait le droit de réclamer le service militaire que de ses propres sujets; qu'il ne fallait pas perdre de vue qu'un grand nombre de Français étaient domiciliés avec esprit de retour en pays étranger, et qu'il importait de ne pas les exposer à des mesures de rétorsion.

Le comité de législation et celui de la guerre et de la marine, réunis à la fin de 1839 pour examiner divers changements à introduire dans la loi de 1832, repoussèrent unanimement la proposition d'assujétir au recrutement les étrangers nés et domiciliés en France, même depuis vingt ans. Ces comités étaient d'avis que toute modification au Code civil tendait à affaiblir l'autorité qui s'attachait à ce grand monument de législation; que, d'ailleurs, de tels changements ne pouvaient véritablement être introduits que par des dispositions directes et expresses, et qu'ils ne devaient jamais résulter de mesures indirectes étrangères au Code.

Malgré les réclamations incessantes des départemens frontières, les commissions de la chambre des Pairs et de la chambre des députés résolurent de maintenir les principes.

Le gouvernement provisoire rendit, le 28 mars 1848, un décret facilitant la naturalisation dans des proportions telles, que les bureaux du ministère de la justice se trouvèrent hors d'état de

suffire au travail. L'année suivante, on résolut d'appeler à la vie politique, afin de les faire concourir aux élections de l'Assemblée législative, des individus qui, nés en France d'étrangers, avaient omis ou omettraient dans l'avenir de réclamer la qualité de Français dans l'année de leur majorité. Ces individus, qui, nonobstant la loi du 22 mars 1832, servaient ou avaient servi dans les armées françaises, ou bien avaient satisfait à la loi du recrutement sans exciper de leur extranéité, furent admis à bénéficier de l'art. 9 du Code civil, même après l'année qui suivait leur majorité. (Loi du 2 décembre 1849.)

Malheureusement, cette loi ne reçut pas d'application fréquente. Elle donna lieu surtout à des fraudes que la jurisprudence dut plusieurs fois réprimer. Ainsi, au moment de faire son service, un individu, pour s'y soustraire, excipait de sa qualité d'étranger. Plus tard, il prétendait qu'il avait été omis par erreur sur les listes de recrutement, s'y faisait inscrire, et alors, se prévalant de la disposition de la loi de 1849, réclamait la qualité de Français. Il se disait donc Français, alors qu'il ne se trouvait dans les conditions ni de l'article 9 ni de la loi de 1849. La jurisprudence refusa toujours d'admettre ces prétentions; car cet étranger ne pouvait prétendre qu'il avait été omis, puisqu'il n'avait jamais été appelé. (Cass. 27 janvier 1869, D. 72. I. 55.)

Bientôt on s'aperçut qu'il fallait rehausser, au lieu de l'amoindrir, la prise de la nationalité française. Une occasion de soulever de nouveau devant le Parlement la question des étrangers au point de vue du recrutement, se présenta lors de la discussion de la nouvelle loi sur la naturalisation et le séjour des étrangers en France (loi du 3 déc. 1849). Divers amendements furent proposés, soit pour rendre la naturalisation plus difficile à ceux qui n'auraient pas usé, dans l'année de leur majorité, de la faculté ouverte par l'article 9 du Code civil, soit pour saisir de la qualité de Français ceux qui, dans le même délai, n'auraient pas réclamé leur extranéité, ou qui ne l'auraient fait valoir qu'après s'être présentés au tirage au sort, soit pour considérer comme Français les enfants de l'étranger autorisé à résider en France ou les enfants de l'étranger né en France, alors même qu'il n'aurait pas réclamé la qualité de Français, soit pour imposer le service militaire dans la légion étrangère à l'étranger né en France. Mais la commission, se bornant à signaler toute l'iniquité de la position privilégiée que beaucoup d'étrangers affectaient en France, se contenta de confier à une loi ultérieure, et notamment à une loi sur le recrutement, le soin de remédier à cet abus¹. Malgré

1. Rapport de M. de Montigny, *Mon. univ.*, 15 nov. 1849.

L'avis de la commission, M. H. Didier, pensant que ces familles d'étrangers abritées sous le drapeau de la France avec tous les avantages attachés à la qualité de Français ne pouvaient plus, sans une injustice criante, repousser les charges qui sont les conditions de cette qualité, proposa néanmoins, lors de la discussion de la loi, la disposition suivante : « A l'expiration de l'année qui suivra l'époque de sa majorité, tout individu né en France d'un étranger et y résidant sera de plein droit considéré comme Français, à moins que, dans le cours de cette année, il n'ait renoncé, par une déclaration formelle, à réclamer la qualité de Français. » Il justifiait son amendement en dénonçant la supercherie suivante : « Les jeunes gens qui atteignent l'âge de vingt ans ne réclament pas au moment où ils sont portés sur les listes de recrutement. Si le sort leur donne un bon numéro, ils restent dans cette situation ; si, au contraire, ils sont atteints par la loi du recrutement, ils opposent l'exception tirée de leur qualité d'étrangers. »

L'amendement ne fut pas adopté, sur les observations de l'auteur de la proposition de la loi, M. de Vatismesnil, qui fit observer que ceux qui auraient la volonté d'échapper à la loi du recrutement feraient la déclaration ; que, ceux qui ne la feraient pas, ce seraient ceux qui ne connaîtraient pas la loi, et qu'on ferait ainsi,

par une modification fâcheuse du Code civil, résulter la qualité de citoyen français d'une espèce de surprise ¹.

Toutefois, ces tentatives de réforme prouvent combien les esprits étaient frappés, à cette époque, d'un abus qui ne faisait que s'aggraver avec le temps. Les étrangers s'étaient tellement multipliés en France, qu'il y avait des villages où ils formaient le dixième de la population. Ces individus avaient une existence douteuse et en quelque sorte amphibie; ils n'étaient proprement ni Français ni étrangers, ou plutôt ils étaient tour à tour l'un ou l'autre, suivant leurs convenances du moment, Français quand il s'agissait de participer aux bénéfices de la nationalité, étrangers quand il était question de faire le service militaire ².

Ces considérations déterminèrent MM. Raulin et Benoît Champy à soumettre à l'Assemblée nationale une proposition suivant laquelle « tout individu serait Français de plein droit, lorsqu'il serait né en France d'un étranger qui lui même y serait né et y résiderait ou serait décédé y résidant ». Mais la commission, pensant que le titre de Français ne pouvait être imposé à aucun individu malgré sa volonté,

1. Mon. Univ., 21 nov. 1849, p. 3740.

2. Rapport de M. Coëllos, Mon. univ., 12 janv. 1850, p. 130.

repoussa cette proposition. Elle fit adopter une disposition suivant laquelle les individus nés en France d'un étranger qui lui-même y était né, et les enfants mineurs de l'étranger naturalisé pourraient toujours conserver leur nationalité dans l'année qui suivait l'époque de leur majorité par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de leur résidence, soit devant les agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France par le gouvernement étranger. (Loi du 7 février 1851.)

Le législateur de 1851 avait cru mettre un terme à la situation choquante de ces étrangers, qui, depuis plusieurs générations, vivaient en France dispensés de tout service militaire; mais on ne tarda pas à s'apercevoir que la disposition était tout à fait insuffisante. En effet, pour échapper à tout service militaire, aussi bien dans leur pays d'origine qu'en France, il suffisait aux individus placés dans cette situation de déclarer à leur majorité qu'ils optaient pour la nationalité étrangère. Ces déclarations n'étaient pas portées à la connaissance du gouvernement étranger dont relevait l'auteur de l'option; l'eussent-elles été, que ce gouvernement n'avait aucun moyen de coercition contre des individus établis en France. Ainsi se perpétuait ce scandale de gens qui avaient le bénéfice de deux patries, sans remplir leur devoir envers aucune

d'elles ; de sorte que M. Ernest Picard pouvait dire, lors de la discussion de la loi du 29 juin 1867 sur la naturalisation : « Des centaines de milliers d'étrangers habitent nos villes, jouissent de notre législation, et sont au milieu de nous sans payer les charges que paient les Français. Les uns échappent à la conscription ; les autres échappent à d'autres charges ¹. » Pendant la discussion du budget de la guerre, MM. des Rotours et Jules Brame ² signalèrent le scandale qui se produisait, sous le couvert de l'article 9, en ce qui concernait le recrutement des jeunes gens étrangers nés en France, et prièrent le gouvernement d'étudier la question.

Elle fut reprise, en effet, quand vint en discussion la loi sur le recrutement de l'armée et de la garde nationale mobile, qui devait porter la date du 1^{er} février 1868. M. des Rotours proposa d'abord que tout individu né en France de parents étrangers, fut soumis aux obligations par la loi du recrutement dans l'année qui suivrait l'époque de sa majorité. Ayant abandonné cet amendement, M. des Rotours, de concert avec quelques-uns de ses collègues, en déposa un autre ainsi conçu : « Les individus nés en France de parents étrangers et y ayant leur ré-

1. Mon. Univ., 24 mai 1867, p. 610.

2. Mon. Univ., 17 juillet 1867, p. 959.

sidence, seront soumis à la loi du recrutement dans l'année qui suivra leur majorité. Ceux d'entre eux qui voudront conserver leur qualité d'étrangers en feront la déclaration, et seront admis dans la légion étrangère. » A la séance du 30 décembre 1867, le Ministre de la guerre fit observer que la question ne lui paraissait pas devoir être soulevée à propos d'une loi sur le recrutement, qu'il fallait une loi spéciale; que cette loi était à l'étude, et que, quant à lui, il était d'avis qu'on ne laissât plus la faculté de renoncer à la qualité de Français au fils d'un étranger dont le père lui-même était né en France. Mais le rapporteur de la loi, tout en demandant que ce ne fût pas à l'occasion d'une loi sur le recrutement qu'on s'occupât des questions de Code civil, s'éleva vivement contre cette opinion du Ministre de la guerre, qui croyait utile de trouver un remède à la situation, en infligeant la qualité de Français à celui qui est né en France d'un père étranger qui lui-même y est né. A leur tour, les conclusions du rapporteur furent attaquées par M. Jules Brame; il fit remarquer que ces enfants, qui étaient cotés avec prime sur le grand marché matrimonial, étaient appelés, en ce qui concernait le service de l'armée et la défense de la patrie, à n'être ni du sexe masculin ni du sexe féminin, mais du genre neutre; et il trouva peu sérieux le procédé de

renvoyer l'amendement de la loi sur la naturalisation à la loi sur l'armée, et de la loi sur l'armée à la loi sur la naturalisation ¹. Finalement, M. des Rotours retira son amendement devant les déclarations du ministre de la guerre et du garde des sceaux de mettre à l'étude la question de savoir s'il y avait lieu, soit d'une manière générale, soit au point de vue du recrutement, de faire une modification à l'article 9 du Code civil et à la loi de 1851.

Un projet de loi sur ce sujet fut présenté au Conseil d'État; mais les difficultés qu'il soulevait le firent abandonner.

La discussion de la loi du 27 juillet 1872 sur le recrutement de l'armée fit naître de nouveau la question de savoir s'il n'y avait pas lieu d'exiger le service militaire des fils d'étrangers domiciliés en France qui, sans vouloir accepter la qualité de Français, y perpétuaient leur résidence, tout en étant, de fait, réellement étrangers à leur pays d'origine.

A la fin de la deuxième délibération, M. le comte Jaubert, sans toutefois formuler aucun amendement, rappela à l'Assemblée nationale les phases que la question avait traversées et

1. « Lors de la loi du contingent, on nous a dit: Attendez. Lors de la loi de naturalisation nous avons présenté notre amendement; on nous a répondu de nouveau: Attendez. Aujourd'hui on nous dit encore: Attendez. » Mon. Univ. 1867, p. 1651.

les nombreuses plaintes qui s'élevaient journellement à ce sujet. Il exprima un vif regret de l'omission complète de la commission sur ce point. Le rapporteur répondit en expliquant à l'Assemblée les nombreuses difficultés qui faisaient obstacle à la réalisation des vœux exprimés. Aucune proposition formelle d'ailleurs n'étant faite, il n'insista pas.

Mais à la troisième délibération, la question fut reprise en forme de disposition additionnelle et fut ainsi rédigée : « Nul n'est admis dans les troupes françaises, s'il n'est Français. Néanmoins, les individus d'origine étrangère nés en France peuvent être assujétis à l'obligation de recrutement, alors qu'ils ne satisfont point aux obligations que les lois militaires de leur pays leur imposent. » Cet amendement fut repoussé sur les nouvelles observations du rapporteur, qui prétendit que ce n'était pas dans une loi de recrutement qu'on pouvait remédier aux inconvénients signalés; que ce ne pouvait être que dans une loi civile sur la qualité de Français ou dans une loi spéciale sur la qualité d'étranger. M. des Rotours, qui ne tenait pas à une procédure parlementaire plutôt qu'à une autre, profita de cette déclaration pour déposer à la même séance (25 juillet 1872), avec l'appui du rapporteur et du Président de la République, une proposition de loi ayant pour objet de

déclarer Français et d'assujétir à l'obligation du recrutement les individus d'origine étrangère qui ne satisfaisaient pas dans leur pays d'origine aux charges du service militaire. Elle était ainsi conçue : « Est déclaré Français, et comme tel soumis à la loi de recrutement de l'armée, tout individu né en France de parents étrangers, à moins qu'il ne déclare, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, repousser la qualité de Français. et qu'il ne justifie avoir satisfait aux obligations que la loi du recrutement du pays d'origine de sa famille lui impose. Il suffira que cette dernière justification soit produite dans l'année qui suivra celle où la loi de son pays l'assujétit au recrutement. » La proposition de M. des Rotours déclarait Français de plein droit l'individu né en France d'un père étranger, à moins qu'il n'établît qu'il avait satisfait à la loi de recrutement dans le pays d'origine de sa famille. « Vous ne pouvez plus, sans contradiction, disait-il à la séance du 20 mai 1874, tolérer plus longtemps que des hommes qui ont rompu tout lien d'attachement avec leur pays d'origine, qui, en France, se disent étrangers, qui, à l'étranger, se disent Français, échappent ainsi à la charge la plus lourde de toutes, et restent indéfiniment voués au vagabondage international. »

La commission chargée d'examiner la proposition lui fit subir une modification notable. Au lieu de trancher dans le vif, comme le proposait M. des Rotours, elle pensa qu'elle ne pouvait passer par-dessus ce qu'on a appelé depuis « les préjugés de doctrine » ; elle se contenta de rendre la loi de 1851 plus efficace en l'amen-
dant de manière à obliger les individus composant la catégorie à laquelle elle s'appliquait, non seulement à déclarer qu'ils se réclamaient de la qualité d'étrangers, mais encore à justifier qu'ils avaient conservé leur nationalité d'origine ; puis, la loi du 27 juillet 1872 ayant fourni à l'administration de la guerre une fin de non-recevoir absolue en ce qui touchait l'admission des étrangers nés en France, d'étrangers qui eux-mêmes y étaient nés, à l'école Polytechnique pendant leur minorité¹, elle donna à ces jeunes gens le moyen d'acquérir notre nationalité pour s'engager dans les armées ou entrer dans les écoles du gouvernement en déclarant qu'ils renonçaient à la qualité d'étrangers dans l'année qui suivrait leur majorité. Ce projet, révisé par le Conseil d'État, devint la loi du 16 décembre 1874.

La loi des 14-16 février 1882 étendit aux en-

1. Les amendements de MM. Méline et Langlois, qui assimilaient aux fils mineurs d'étrangers nés en France les enfants des naturalisés, furent alors rejetés.

fants du naturalisé et aux enfants d'un Français qui a perdu cette qualité, et qui la recouvre aux termes de l'art. 18 du Code civil, le bénéfice que la loi de 1874 avait établi pour les enfants de parents qui eux-mêmes sont nés sur notre sol¹. Cette disposition ne contenant rien relativement à la situation des enfants de la femme française qui, devenue étrangère par son mariage, recouvre sa nationalité après son veuvage, la loi du 28 juin 1883 vint combler cette lacune en leur permettant d'opter pour la nationalité française, suivant les conditions et les formes de la loi du 14 février 1882.

On se croyait sûr, cette fois, que la loi mettrait un terme aux abus signalés ; les gouvernements étrangers, étant appelés à reconnaître qu'un originaire de leur pays avait conservé sa nationalité, étaient ainsi invités à exiger qu'il en remplît les conditions : s'il restait en France, ce n'était plus désormais qu'un hôte dont la situation était désormais établie.

Mais cette garantie n'était pas toujours très efficace ; car le gouvernement étranger, ayant simplement à reconnaître que l'intéressé avait

1. L'amendement de M. Grandperret, qui proposait d'appliquer les mêmes dispositions aux enfants nés en France d'un étranger, auxquels s'applique l'article 9 du Code civil, fut renvoyé à une loi plus complète dont la commission demandait la préparation, — Journ. Off., 30 nov. 1881.

conservé sa nationalité, ne pouvait refuser l'attestation, dès lors qu'il en était ainsi d'après les principes de la loi; et, le réclamant continuant, d'autre part, à résider en France, son pays n'avait pas d'action effective sur lui. Il pouvait donc échapper au service militaire dans les deux pays.

Toutes ces mesures ne semblaient pas suffisantes contre le nombre toujours croissant d'étrangers qui « se servaient de la France sans la servir »¹. Lors de la discussion de la loi du 14 février 1882, les deux Chambres invitèrent le Gouvernement à faire étudier par le Conseil d'État un projet d'ensemble modifiant l'article 9 du Code civil, et comprenant toutes les prescriptions légales concernant la condition des étrangers.

En 1884, M. Maxime Lisbonne, voulant atteindre ceux qui se réclamaient d'une nationalité étrangère dans le but unique d'échapper aux charges militaires, déposa, dans la loi de recrutement alors en discussion, un amendement qui visait les fils d'étrangers nés en France. On lui fit observer que cette proposition semblait mal placée dans une loi sur le recrute-

1. En 1881, le nombre des étrangers atteint 1,001,090. Au recensement de 18-6, d'après la statistique du Ministère de l'intérieur, il se trouvait en France 1,115,214 étrangers, 1,126,531 d'après la statistique générale de la France.

ment militaire, et qu'un projet sur la nationalité était à ce moment au Sénat. Dans la séance du 25 juin 1835, après avoir patienté plus d'une année, ne voyant rien venir du côté du Luxembourg, M. Maxime Lisbonne proposa de déclarer français tout individu né en France, s'il ne déclarait pas qu'il optait pour la nationalité étrangère. Mais il retira son amendement en se ralliant à la rédaction proposée par la commission.

Dans le tableau des opérations de recrutement de l'année 1837, 1.811 jeunes gens, pour échapper au service militaire à la fois dans leur pays d'origine et dans leur pays natal, excipèrent de leur nationalité étrangère. Ces étrangers, qui pouvaient devenir un élément de désordre en temps de crise politique, un danger terrible en cas de guerre, faisaient, au point de vue économique, une concurrence qui menaçait de devenir désastreuse. « Voilà deux hommes, disait M. Ch. Dupuy qui, l'un Français, l'autre étranger, entrent chez le même patron comme employés au même titre. Lorsqu'ils arriveront à la vingtième année, l'un deux, le Français, sera forcé d'aller au régiment, l'autre restera : quelle conclusion en tirera le patron ? C'est que, dans la lutte commerciale et industrielle, un employé étranger est préférable à un employé français ¹. »

1. Déb. parl., Loi sur le recrutement, séance du 7 juin 1838.

Ayant proposé de soumettre au recrutement certaines catégories d'étrangers qui formaient comme une espèce de chapelet autour de la frontière, et qui se glissaient, s'infiltraient entre deux patries, les exploitant toutes deux et n'en servant aucune, M. Ch. Dupuy se vit objecter qu'il ne fallait pas mêler à une loi de recrutement un élément qui appartenait à la nationalité.

Le Sénat, voulant en finir avec tous ces renvois successifs, introduisit dans la loi de recrutement l'art. 11 qui soumet au service militaire certaines catégories d'étrangers.

C'est sous l'empire de ces considérations économiques et militaires que furent votées les lois sur la nationalité et le recrutement.

CHAPITRE II

DROIT FRANÇAIS ACTUEL

La loi du 26 juin 1889 sur la nationalité et la loi sur le recrutement du 15 juillet suivant ont-elles, dans tous les cas, assuré l'accomplissement du service militaire par tous les Français? et par quels moyens l'ont-elles assuré? Pour le rechercher, nous nous proposons d'étudier les différentes dispositions de la loi sur la nationalité dans ses rapports avec la loi sur le recrutement. Nous nous occuperons successivement des Français qui doivent leur nationalité à leur filiation (*jus sanguinis*), à leur naissance sur notre territoire (*jus soli*), des Français par naturalisation et par réintégration, et enfin des fils de Français qui ont perdu cette qualité.

I. — Français « jure sanguinis »

Aux termes de l'art. 8, 1^o du Code civil : « Est Français tout individu né d'un Français en France ou à l'étranger. L'enfant naturel dont la filiation est établie pendant la minorité par reconnaissance ou par jugement, suit la nationalité de celui de ses parents à l'égard duquel la preuve

a d'abord été faite. Si elle résulte pour le père ou la mère du même acte ou du même jugement, l'enfant suivra la nationalité du père. » « Tout Français doit le service militaire personnel, dit de son côté l'art. 1^{er} de la loi sur le recrutement. » Il ressort de ces textes que tout individu mâle, légitime ou naturel, issu de parents français est tenu de satisfaire à la loi militaire française, quel que soit le lieu de sa naissance.

Mais, tandis que le seul fait d'être né d'un mariage entre ses père et mère, confère à l'enfant légitime la nationalité dont ils sont eux-mêmes revêtus, l'enfant naturel n'a de véritable état qu'autant qu'il a fait l'objet d'une reconnaissance. La première reconnaissance dont l'enfant est l'objet pendant sa minorité fixe sa nationalité, et la fixe rétroactivement ¹. S'il est reconnu par un père étranger, il est donc considéré comme n'ayant jamais été Français. En conséquence, son nom ne doit pas être inscrit sur les listes du contingent, et, dans le cas où cette inscription aurait précédé la reconnaissance, la radiation s'impose.

1. Cette nationalité que suit l'enfant mineur est nécessairement celle qui appartenait à son père ou à sa mère au jour même de la naissance, et non celle que l'auteur de la reconnaissance a pu acquérir depuis, et qu'il possédait à la date même où cette reconnaissance est intervenue. (Tribunal de Sedan, 17 déc. 1889, confirmé par arrêt de la Cour de Nancy.) La reconnaissance d'un enfant naturel n'est que la constatation d'un état de choses qui remonte à la naissance de l'enfant : celui-ci, s'il prend la nationalité de ses auteurs, doit prendre celle qu'ils avaient à ce moment.

La loi qui, dans d'autres cas, prodigue si facilement la qualité de Français, se montre ici peu logique avec elle-même. Est-il admissible, si on se place au point de vue du législateur de 1889, qu'un enfant qui est né en France, qui y a été élevé, soit tout d'un coup ravi à la nationalité française quand il a dix-huit ans, vingt ans, quand il est à l'École polytechnique, quand il est à St-Cyr, quand il est dans l'armée française? Est-il juste que, dans de telles conditions, il puisse être revendiqué par un Anglais ou un Allemand qui, jusqu'à cette époque, ne s'est pas occupé de lui?

Pendant la discussion devant le Sénat ¹, M. Léon Clément proposa de décider que la filiation de l'enfant, telle qu'elle est établie par l'acte de naissance, fixerait d'une manière définitive sa nationalité. La nationalité de l'enfant serait alors moins dans l'incertitude, et l'on n'aurait pas à se demander, au moment où cet enfant doit être inscrit sur les tableaux de recensement, s'il est Français ou étranger, pour savoir s'il doit servir ou non dans l'armée française. Mais ce système pratique ne satisfaisait même pas son auteur, qui admettait que, si la reconnaissance avait lieu à une époque très rapprochée de la naissance, la nationalité pourrait être

¹ Séance du Sénat du 13 novembre 1886, Déb. Parlem. 1886, p. 4187.

modifiée. M. Clément soutint néanmoins un amendement ainsi conçu : « Lorsque la filiation est établie pendant sa minorité, l'enfant né hors mariage suit la nationalité de sa mère, à moins qu'il n'ait été reconnu, par le père dans l'année de sa naissance ¹. » La formule, dans ce cas, devenait arbitraire.

Si l'enfant naturel, né en France, qui n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance, est reconnu après sa majorité par un étranger, il ne pourra décliner la qualité de Français pour échapper aux charges militaires du pays que s'il produit d'une part une attestation en due forme de son gouvernement, établissant qu'il a conservé la nationalité de son auteur qui l'a reconnu, de l'autre, s'il y a lieu, un certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux, conformément à la loi militaire de son pays. (C. civ., art. 84°.)

A part cette anomalie résultant de la nationalité provisoire de l'enfant naturel non reconnu, aucune difficulté ne se présente, si les jeunes gens soumis à la loi militaire sont fixés en France. Ceux qui ont atteint l'âge de vingt ans révolus et qui sont domiciliés dans l'une des communes du canton, doivent être portés sur les tableaux de recensement de cette commune

1. Séance du Sénat du 3 fév. 1887. (*Journ. Officiel* du 4 fév. 1887.)

(loi du 15 juillet 1889. art. 10), et les maires doivent consigner dans la colonne d'observations des tableaux de recensement les renseignements qu'ils ont obtenus, soit des parents, soit de la population sur les jeunes gens absents. (Instruction du Ministre de la guerre du 4 déc. 1889.)

Pour assurer le service militaire de tous les jeunes gens arrivés à vingt ans sans exception, le législateur a créé une présomption légale de domicile, qui ne laisse personne échapper à la conscription, grâce à un domicile douteux ou incertain. Le principe de l'art. 13 de la loi sur le recrutement est, en effet, de considérer tous les jeunes gens soumis à la loi militaire comme domiciliés avec leur parents, même s'ils sont émancipés, engagés, établis au dehors, expatriés, absents, si d'ailleurs leur père, leur mère ou leur tuteur est domicilié dans une des communes du canton, ou si leur père, expatrié, avait son domicile dans une desdites communes.

La circulaire ministérielle du 4 décembre 1889 ne fait que l'application de cette règle, quand elle édicte que « les jeunes gens dont la famille est établie en France, et qui se trouvent en pays étranger ou en pays de protectorat, doivent être inscrits au tableau de recensement de la commune où leur père, leur mère ou leur tuteur a son domicile.

Quant à ceux qui sont établis avec leur fa-

mille, soit à l'étranger, soit dans les pays de protectorat, ils doivent être portés, aux termes de la même circulaire, sur les listes de la classe à laquelle ils appartiennent par leur âge (art. 13 de la loi sur le recrutement), quelque éloignée que soit la date de leur départ, toutes les fois que leur existence est certaine. Elle doit être considérée comme certaine, s'ils ont donné de leurs nouvelles pendant l'année qui précède leur inscription sur lesdites listes, ce dont les maires prendront soin de s'assurer dès les derniers mois de la même année. Si, au contraire, les nouvelles reçues de ces jeunes gens remontent à une date plus ancienne, tout en procédant à l'inscription, les maires les signalent immédiatement au Préfet du département en lui indiquant, aussi exactement que possible, le lieu de leur résidence à l'étranger. De son côté, le Préfet doit s'adresser sans délai au département des Affaires étrangères ou au département des Colonies, suivant les cas, afin d'obtenir par son intermédiaire les renseignements nécessaires pour éclairer le conseil de révision sur la décision à rendre à leur égard.

L'art. 81 de la loi du 15 juillet 1889 supprime, au point de vue du recensement, toute distinction entre le territoire de la France et des colonies ¹.

1. En conséquence, dit la circulaire ministérielle du 4 déc. 1889, les jeunes gens domiciliés avec leur famille en Algérie ou aux colonies doivent être inscrits sur les tableaux de recensement du lieu de leur

De cette législation il semblerait résulter que les obligations au service militaire des Français résidant à l'étranger, devraient être les mêmes que celles de tous les autres Français. Il n'en est rien cependant.

Autrefois, les Français qui se trouvaient à l'étranger au moment où leur âge les assujettissait au service militaire, étaient tenus, sous peine d'être déclarés insoumis, de rentrer en France, sur la notification, faite par les agents consulaires ou diplomatiques, qu'ils faisaient partie du contingent de telle ou telle année.

Sous l'empire de la loi du 27 juillet 1872, des mesures avaient été prises pour astreindre tous les Français nés ou établis en France aux obligations du service militaire.

Les préfets devaient adresser à l'administration centrale le relevé par année des jeunes gens domiciliés dans le département qui s'étaient soustraits par l'émigration et avaient été déclarés insoumis ¹. D'un autre côté, des instructions prescrivaient aux agents du service extérieur de dresser chaque année une liste exacte des

domicile, c'est-à-dire, soit en France, soit aux colonies. — Les jeunes gens résidant en Algérie ou aux colonies dont la famille est domiciliée en France, sont inscrits au lieu de leur résidence, c'est-à-dire, soit en Algérie, soit aux colonies. S'ils avaient été portés sur les tableaux de recensement au domicile de leur famille, ils en seraient rayés sur la justification de l'inscription au lieu de leur résidence.

1. Circ. du 14 janv. 1884.

jeunes gens nés ou établis dans leur circonscription, et de les envoyer au ministère des affaires étrangères ¹. Les jeunes gens dont les noms figuraient sur les états transmis étaient portés sur les tableaux de recensement de leur commune d'origine. Si celle-ci n'était pas connue, ils étaient portés sur les listes de la commune dont ils avaient fait choix, et, à défaut d'un choix fait par eux, les consuls leur assignaient un domicile de recrutement. Toute facilité, d'ailleurs, leur était donnée à l'effet de se faire visiter au lieu de leur résidence en pays étranger par un médecin attaché à la légation ou au consulat ². Ces mesures, qui sont encore en vigueur aujourd'hui afin de rendre les omissions aussi rares que possible, avaient pour effet, sous l'empire de la loi du 27 juillet 1872, de faire déclarer insoumis, après un délai de deux mois, les appelés qui demeuraient en Europe ou dans les îles voisines des contrées limitrophes de la France ³, et n'étaient pas arrivés à destination au jour fixé par leur ordre de route ⁴.

Aujourd'hui, il n'en est plus ainsi. En temps de paix, les jeunes gens qui, avant l'âge de

1. De Clercq et de Vallat, *Guide des Consulats*, 1, p. 524 et suiv.

2. Circ. mens. du 16 juin 1873.

3. Pour ceux qui habitaient tout autre pays, le délai était de dix mois.

4. Loi du 27 juillet 1872. Circulaire du ministre des aff. étrangères du 1^{er} juin 1873.

dix-neuf ans révolus, ont établi leur résidence à l'étranger, hors d'Europe, et qui y occupent une situation régulière, peuvent, sur l'avis du consul de France, être dispensés du service militaire pendant leur séjour à l'étranger. Cette dispense n'est qu'un sursis d'activité ; de telle sorte que, s'ils veulent rentrer en France avant trente ans, ils sont tenus d'accomplir leur service actif. Mais, s'ils rentrent après l'âge de trente ans, ils ne sont soumis qu'aux obligations de leur classe. Pendant la durée de leur établissement à l'étranger, ils ne peuvent séjourner accidentellement plus de trois mois en France, et sous la réserve d'aviser le consul de leur absence. (Art. 5, loi du 15 juillet 1889, art. 50.)

Quant à ceux de nos nationaux qui, en temps de paix, ne sont point fixés à l'étranger d'une manière régulière, ils ne sont pas dispensés du service actif. Pour les périodes d'instruction prescrites par la loi et les règlements (instruction du 28 déc. 1879), ils étaient considérés en sursis renouvelable, et, la plupart du temps, le sursis était transformé en une dispense définitive. Mais le Conseil d'État a rendu un avis¹ qui supprime la dispense accordée jusqu'à présent aux hommes fixés aux colonies ou dans

(1) *Journal de droit international privé* 1892, p. 1094.

les pays de protectorat de l'Extrême-Orient, ainsi qu'aux hommes fixés ou voyageant à l'étranger. Au point de vue de l'accomplissement des périodes d'exercices, ces hommes seront considérés désormais comme ajournés jusqu'à leur rentrée en France, à moins que les commandants de corps d'armée ne reconnaissent qu'en raison de leur résidence permanente dans les pays limitrophes, ils peuvent être rappelés momentanément en France pour accomplir leur devoir militaire sans compromettre pour cela leur situation. Jusqu'à l'âge de 45 ans, ces hommes seront tenus, s'ils rentrent en France, d'accomplir les périodes d'instruction pour lesquelles ils auraient été considérés comme ajournés. (Avril 1892.)

Telles sont les obligations, au point de vue du recrutement, auxquelles sont soumis ceux qui se rattachent à notre nationalité par leur filiation, quel que soit le lieu de leur naissance ou de leur établissement. Ceux qui se détachent de notre nationalité pour adopter une patrie nouvelle, sont-ils relevés des devoirs qui leur incombaient envers la France et notamment du service militaire ?

Il semble que, du moment qu'un individu est hors de la société française, il est conséquemment hors des devoirs qu'elle impose. Une seule question semble devoir s'élever à cet

égard : l'abdication de la nationalité française est-elle sincère ? La nationalité étrangère a-t-elle été acquise loyalement, sans intention de faire fraude à la loi française à l'aide d'une simple apparence ?

Toutefois, avant la loi du 26 juin 1839, l'individu soumis au recrutement qui n'avait pas rejoint son drapeau, était traduit devant le conseil de guerre. S'il excipait de sa qualité d'étranger, le conseil de guerre renvoyait l'affaire devant le tribunal civil, qui avait à examiner si l'insoumis avait réellement perdu la qualité de Français. Si le Tribunal civil déclarait que l'intéressé n'avait plus notre nationalité, le conseil de guerre l'acquittait, à une condition toutefois, c'est qu'il se fût écoulé trois ans depuis sa naturalisation. S'il n'était pas naturalisé depuis plus de trois ans, il pouvait être condamné à la peine de l'insoumission. L'insoumission, en effet, étant un délit successif, ne pouvait être prescrite qu'au moment où elle cessait ; or, elle ne cessait qu'au moment où le Français devenait étranger, et ne pouvait plus être incorporé dans nos armées. A l'expiration de sa peine, l'insoumis était remis en liberté. Si le changement de nationalité était reconnu irrégulier ou frauduleux, dans ce cas l'insoumis était condamné à la peine de l'insoumission par le conseil de guerre ; et, à l'expiration de sa peine, comme il n'avait pas

perdu la nationalité française, il était incorporé dans l'armée.

La loi du 26 juin 1889 a apporté quelques modifications à cette procédure¹. Pour que la naturalisation d'un Français à l'étranger opère la dénationalisation, il faut (art. 17-1°) qu'elle soit précédée d'une autorisation du gouvernement français, lorsque le Français est soumis par son âge au service de l'armée active. Si le prévenu a obtenu l'autorisation gouvernementale, et s'il a acquis la nationalité étrangère par la naturalisation ou le bienfait de la loi, il est considéré en France comme ayant valablement perdu la nationalité française. Dès lors, il ne pourrait plus être inquiété pour insoumission ; car, en lui accordant l'autorisation préalable, le gouvernement français a, par cela même, renoncé aux droits qu'il avait sur lui et l'a libéré de ses obligations militaires. Il convient, d'ailleurs, de constater le nombre tout à fait minime des Français qui abdiquent leur nationalité d'origine, et sollicitent avec l'autorisation du gouvernement une nationalité étrangère. Ces autorisations n'ont été accordées qu'à 2 Français en 1891, à 9 en 1892 ; leur nombre avait été de 9 en 1889, et de 3 en 1890².

1. Cogordan, *La Nationalité*, p. 261 et suiv.

2. Rapport au Garde des Sceaux sur l'application de la loi du 26 juin 1889 pendant l'année 1892, *Journ. Off.* du 11 octobre 1893, *J. Dr. int. priv.*, p. 983.

Si l'autorisation requise par le nouvel art. 17 1^o n'a pas été demandée ou a été refusée, le Français qui aura acquis une nouvelle nationalité dans un autre pays n'aura pas perdu, à l'égard de la France, la nationalité française. S'il revient en France, il s'expose, non seulement à être poursuivi et condamné pour insoumission, mais encore à être incorporé à l'expiration de sa peine. Comme il n'a pas cessé d'être Français, il ne peut prescrire le délit d'insoumission qu'à partir de 45 ans, lorsqu'il n'est plus soumis au service militaire. Il n'en est pas de même, pour le Français qui prend du service militaire à l'étranger ; car, aux termes de l'art. 17 4^o du C. civ., non seulement il perd la qualité de Français, mais encore il s'expose, s'il revient en France, à subir les peines édictées contre ceux qui se soustraient au service militaire ¹.

1. Les dispositions de l'art. 17 4^o ne sauraient s'appliquer au Français qui, résidant dans un pays où éclate la guerre civile, s'y fait porter sur les rôles d'une compagnie de volontaires organisée pour la défense des personnes et des biens contre les excès d'un des partis engagés dans la lutte. (*J. droit int. priv.*, 1889, p. 74 ; Stemler, *J. droit int. priv.* 1890, p. 381 ; *J. droit int. priv.* 1890, p. 939.) Elles ne sauraient s'appliquer non plus au Français qui n'a servi un gouvernement étranger qu'en déférant à une réquisition de ce gouvernement à laquelle il n'a pu se soustraire. (Stemler, *J. droit int. priv.* 1890, p. 581 ; Lunéville, 28 mars 1889 ; *J. droit int. priv.* 1890, p. 937. Cf. le cas du général Cluseret, *J. droit int. priv.* 1889, p. 73.)

II. — Français « jure soli »

La loi sur la nationalité du 26 juin 1889, tout en proclamant le principe de la transmission de la nationalité par la filiation (*jus sanguinis*), a très sensiblement augmenté l'influence du *jus soli* sur l'acquisition de la qualité de Français. Coupant court à toute controverse, elle déclare Français l'enfant né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est incertaine (C. civ., art. 8 2°); elle déclare irrévocablement Français, dès qu'ils naissent, les enfants issus en France de parents qui eux-mêmes y sont nés (C. civ., art. 8 3°); s'agit-il, au contraire, d'étrangers nés sur notre sol de parents n'y étant pas eux-mêmes nés, lorsque à la naissance sur notre territoire se joint cette circonstance que ces individus y sont domiciliés à l'époque de leur majorité, la loi leur confère aussi notre nationalité, sous la condition résolutoire d'une option contraire. (C. civ., art. 8 4°.) Dans le cas où les enfants en question ne sont pas domiciliés en France lors de leur majorité, on leur accorde seulement la faculté de réclamer à l'avenir la qualité de Français; en d'autres termes, ils sont Français sous condition suspensive.

Comment ces diverses règles se concilieront-elles avec le système appliqué au recrutement militaire par la loi du 15 juillet 1889? C'est ce que nous nous proposons d'étudier dans les sections suivantes.

SECTION PREMIÈRE

Enfant né en France de parents inconnus ou de nationalité incertaine ¹

Avant la loi du 26 juin 1889, les enfants nés en France de parents inconnus ou de nationalité incertaine, étaient-ils soumis à la loi du recrutement? La solution de cette question consiste à rechercher quelle était leur nationalité.

La plupart des auteurs, d'accord avec la jurisprudence, les déclaraient Français, comme devant très probablement l'existence à des parents français. D'ailleurs, un décret du 4 juillet 1793 avait déclaré que les enfants trouvés porteraient le titre d'enfants naturels de la patrie. Aux termes de l'art. 17 du décret du 19 janvier 1811, les enfants trouvés élevés à la charge de l'État étaient complètement à sa disposition, et l'art. 19 les appelait à l'armée comme

1. Il ne faut pas oublier, malgré notre plar, que, si la nationalité française est acquise à l'enfant né en France de parents inconnus ou de nationalité incertaine par le fait de sa naissance sur notre territoire, ce n'est que par suite d'une présomption de filiation française.

conscrits. Il est certain que, dans ce système, les enfants nés de parents inconnus ou de nationalité incertaine, devaient être inscrits sur le tableau de recensement de la commune de leur domicile en même temps que les jeunes gens de leur âge ¹.

D'autres auteurs faisaient de l'enfant né de parents inconnus ou de nationalité incertaine un *peregrinus sine civitate*, et ne lui accordaient que le bénéfice de l'art. 9 C. civ., c'est-à-dire le droit d'opter pour la nationalité française dans l'année de sa majorité. Évidemment, il ne pouvait être soumis au service militaire, s'il restait étranger ².

Si l'enfant né en France de parents inconnus ou de nationalité incertaine était reconnu plus tard par son père et par sa mère, la jurisprudence, d'accord avec la grande majorité des auteurs, admettait qu'il suivait la nationalité du père ³. Cette solution, conforme à l'esprit de nos

1. En ce sens : Demo'mbe, *Cours de Code civil*, 1834, p. 160 ; Aubry et Rau, 4^e éd., t. 1, p. 232, n° 6 ; Alauzet, *De la qualité de Français, de la naturalisation et du statut personnel des étrangers*, 2^e éd., n° 6 ; Beudant, dans la *Revue critique*, 1835, p. 57 ; Cogordan, *op. cit.*, p. 113 ; de Folleville, *Traité théorique et pratique de la naturalisation*, p. 113 ; Poitiers, 26 juin 1829 (Sir. ch.) ; Cass., 14 juin 1887 (le Droit du 26 juin 1887) ; Liège, 12 fév. 1881 (Sir. 81, 4, 21).

2. En ce sens : Laurent, *Droit civil international*, t. III, p. 489 ; Brocher, *Cours de Droit intern. priv.*, t. 1, p. 213. — Cass., Belgique, 17 mai et 24 juin 1880 (Sir., 81, 4, 17, notes de M. Laurent) ; 22 juillet 1889 (*Belg. que judiciaire*, 1889, p. 1125).

3. V. Metz, 12 août 1835. — Cass., 22 mai 1865 ; Cass., 22 mai 1874.

lois, avait le très grand inconvénient de laisser dans l'incertitude la nationalité de l'enfant, et même d'encourager des fraudes dans le cas où, reconnu d'abord par la mère, il était plus tard l'objet d'une reconnaissance de son père ou de son prétendu père, afin de pouvoir éviter les charges du service militaire en France.

Tel était l'état de la législation avant la loi du 26 juin 1889, qui, par son art. 8 2°, fit cesser les controverses en déclarant Français tout individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est incertaine. Nul doute maintenant qu'il ne doive le service militaire en France, malgré les critiques de M. de Gavardie, qui disait au Sénat : « Comment ! cet enfant inconnu, cette écume d'une nation étrangère, cet homme qui n'a aucun lien moral qui l'attache au sol, cet homme qui peut être un ennemi pour la France, celui-là vous le déclarez d'ores et déjà Français ! »

Pourtant, si, étant encore mineur, l'enfant a été reconnu par un père ou par une mère ressortissant à un état étranger, il suivra la nationalité de celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. Si la reconnaissance résulte pour le père et la mère du même acte ou du même jugement, l'enfant suivra la nationalité du père. (C. civ., art. 8-1°.)

1. Séance du Sénat du 13 nov. 1886, Débats Parlem., 1886, p. 4188.

SECTION II

Enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né

L'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né, étant Français dès le jour de sa naissance, et sans option possible (Code civil art. 8 3°), doit le service militaire comme tous les fils de Français, et sous les mêmes conditions. L'art. 10 de la loi du 15 juillet 1889 lui est applicable : on l'inscrira sur les tableaux de recensement de l'année qui suivra sa vingtième année, et il sera assujéti à toutes les obligations de sa classe. Il semble que la situation de l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né soit, au point de vue spécial de la loi militaire, d'une netteté qui ne laisse rien à désirer : il y a là une solution commandée par les principes et le bon sens.

Pourtant, cette conclusion si nette semble démentie par l'art. 11 § 1^{er} de la loi sur le recrutement du 15 juillet 1889, qui s'exprime ainsi : Les individus déclarés Français en vertu de l'art 1^{er} de la loi du 16 déc. 1874, sont portés, dans les communes où ils sont domiciliés, sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité. Ils sont soumis au service militaire, s'ils n'établissent

pas leur qualité d'étrangers. Or, les individus dont s'occupe la loi du 16 déc. 1874 sont précisément ceux qui sont nés en France d'étrangers eux-mêmes nés sur notre territoire. La loi sur le recrutement du 15 juillet 1889 permet à ces individus d'échapper à la dette militaire par la seule justification de leur qualité d'étrangers, en vertu de la loi de 1874 sur la nationalité, alors que la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, abrogeant celle de 1874, a déclaré ces mêmes individus Français sans option possible. Le défaut d'harmonie entre la loi sur la nationalité et la loi sur le recrutement est donc palpable, l'antinomie flagrante.

Soucieux d'éviter ce reproche d'étourderie aux auteurs de la nouvelle législation, on a cherché¹, dans la loi sur la nationalité, un cas semblable à celui que prévoyait la loi de 1874, et auquel pourrait s'appliquer, sinon d'après son texte, du moins d'après son esprit, l'art. 11 al. 1^{er} de la loi du 15 juillet 1889. Ce cas existe ; il est prévu par le nouvel art. 8 4^e du C. civ., qui déclare Français l'individu né en France d'un étranger et qui, à l'époque de sa majorité, est domicilié en France. Comme dans le cas prévu par la loi de 1874, nous trouvons ici l'attribution de la nationalité française, sauf l'option pour la natio-

1. Despagne, *Le Droit*, 19 oct. 1889.

nalité étrangère avec attestation du maintien de cette nationalité de la part du gouvernement étranger; seulement cette attribution est faite au profit de celui qui naît en France d'un étranger né lui-même hors de France, et qui est domicilié dans notre pays à l'époque de sa majorité, tandis que la loi de 1874 visait l'individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né. Il est donc inutile de chercher à expliquer ainsi le premier alinéa de l'art. 11 de la loi militaire. Cette loi vise en effet, d'une manière formelle, dans son art. 11 2^e alinéa, le cas prévu par le nouvel article 8 4^e du C. civ.; il est donc impossible que ce même article 11 se réfère à la même hypothèse dans son alin. 1^{er}.

S'il en est ainsi, comment expliquer l'antinomie qui existe entre les deux lois?

« L'indulgence de la loi militaire, dit M. Roussel, contre-balance heureusement la rigueur de la loi civile. Celle-ci déclare Français, sans retour et contre leur gré peut-être, des jeunes gens dont les parents sont étrangers, et peuvent avoir gardé les traditions de leur nationalité d'origine ¹ ». La loi sur le recrutement du 15 juillet 1889 appelle sous les drapeaux, un an après les jeunes gens de leur âge, les jeunes gens visés par la loi de 1874, c'est-à-dire, déclare-t-on,

1. Roussel, dans les *Lois nouvelles* 1891, p. 151.

les Français nés en France d'un étranger qui lui-même y est né, et qui, renvoyés en même temps que les soldats du même âge, n'auraient jamais à faire, dans l'armée active, que deux ans de service au lieu de trois.

M. Mérillon considère le texte de 1874 comme abrogé par la loi civile au point de vue civil, et maintenu par la loi militaire au point de vue du recrutement, en tant qu'il retarde d'un an l'appel de certains jeunes gens sous les drapeaux. Selon lui, « la loi de 1874 est abrogée, et l'art. 11 n'a pas pour résultat de la faire revivre : les individus visés par cet article sont donc Français ; mais, au point de vue des obligations militaires spéciales à la loi sur le recrutement, l'art. 11, qui les désigne très suffisamment, leur crée un avantage qui se trouve devenir une exception au droit commun des Français, celui de n'être incorporé qu'après leur majorité et de gagner ainsi un an de service. C'est évidemment inexplicable et injustifiable ; mais c'est écrit dans la loi, et ce n'est contraire à aucune autre loi. Ils peuvent revendiquer cet avantage ¹. »

Et d'abord est-il probable que la loi militaire ait voulu adoucir la loi sur la nationalité ? Préparée en même temps, votée à quelques jours

1. Mérillon, *Loi sur le recrutement*, p. 126.

d'intervalle, elle ne peut avoir été conçue dans un esprit différent. Quant à admettre que la loi de 1874 ait reçu de la loi militaire une investiture nouvelle au point de vue du recrutement seulement, c'est décider que tous les Français ne sont pas égaux au point de vue des devoirs qui leur incombent.

La vérité est que l'on ne peut pas conclure de la contradiction signalée que le Parlement ait voulu faire disparaître l'art. 8-3° du C. civ., et renoncer à la réforme si importante qu'il consacrait et qui, d'après le rapporteur de la commission de la Chambre, constituait toute la loi ¹. Il n'est pas admissible que, à moins de trois semaines de distance, le législateur se soit à ce point déjugé : admettre une telle conséquence, ce serait aller contre l'intention certaine des rédacteurs de la loi.

A notre avis, il faut, au lieu de s'en tenir à des apparences, analyser de très près les travaux préparatoires tant de la loi sur le recrutement que de la loi sur la nationalité, et la conclusion en sera que l'art. 11-1° de la loi militaire n'a pu porter atteinte aux principes de l'art. 8-3° du Code civil, qu'il ne peut s'appliquer, et qu'il doit être considéré comme nul et non avenu.

1. Rapport de M. Dubost du 7 nov. 1887. (Off. Annexes, session extraord. de 1887, p. 235, col. 2.)

Au cours de la discussion de la loi sur le recrutement, M. Dupuy proposa une disposition additionnelle à l'art. 1^{er}, qui soumettait au service militaire tous les Français. Cette disposition était ainsi conçue : « Est Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né. » Mais le rapporteur de la loi, tout en étant d'accord avec lui, lui fit observer que la question était déjà soumise au Parlement, et qu'il était impossible d'introduire dans une loi militaire ce qui était une loi de naturalisation. M. Dupuy proposa alors une autre rédaction : « Doit également le service militaire tout étranger né en France d'un étranger qui lui-même y est né. » M. de la Ferronnays émit l'idée qu'il y aurait quelque danger à laisser figurer en nombre plus ou moins considérable dans nos régiments, qui sont normalement appelés à combattre en Europe, des Européens appartenant à d'autres nations, non pas légalement en vertu d'une convention, d'une fiction législative, mais y étant rattachés par tous les liens du sang ; il soumit à la Chambre la rédaction suivante : « Doit le service militaire, dans la légion étrangère ou dans l'armée coloniale, tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né. » Les textes proposés par M. Dupuy et de la Ferronnays furent écartés sur les observations d'un membre de la commission

parlementaire, chargé d'examiner la proposition de loi sur la nationalité déjà votée au Sénat. M. Duval, lequel annonça que la commission avait proposé de considérer comme Français, d'une manière absolue, les enfants nés en France d'un père étranger qui lui-même y est né. « Elle a même été plus loin que vous, ajouta-t-il, elle vous proposera de considérer comme Français, en leur laissant le droit d'option à leur majorité, les enfants nés en France d'un père étranger qui n'y serait pas né lui-même, sous certaines conditions ¹. »

La commission du Sénat, ayant résolu d'inscrire dans la loi du recrutement le principe de l'obligation au service militaire pour les jeunes gens nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés, trouva les mêmes résistances devant la Chambre, qui pensait toujours qu'une disposition modifiant les conditions par lesquelles s'acquiert ou se conserve la qualité de Français, ne pouvait trouver place dans une loi de recrutement militaire. Néanmoins, M. des Rotours et autres ayant repris, à titre d'amendement, la rédaction adoptée par le Sénat, l'art. 11 fut voté par la Chambre le 20 décembre 1888. Mais il ne fut voté qu'avec cette réserve : c'est que, « au nombre des dispositions transitoires qui

1. Déb. Parlem., Chambre des Dép., séance du 18 juin 1887.

seront insérées à la fin de la loi, se trouvera un texte indiquant que l'art. 11 cessera d'être en vigueur lorsque la loi sur la naturalisation aura été votée ¹ ».

Lorsque le projet de loi sur le recrutement revint devant le Sénat, on proposa de modifier l'art. 11, adopté par le Sénat et la Chambre des députés, sous prétexte que la Chambre des députés avait voté un texte du projet de loi sur la naturalisation que la commission du Sénat proposait d'admettre. Ce texte, qui devait justement devenir l'article 8-3° du C. civ., déclarait Français les enfants nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés. M. George combattit cette opinion : « Si une loi nouvelle édicte des dispositions différentes, dit-il, il n'y a pas de modifications à faire : le premier paragraphe de notre article deviendra sans application, voilà tout. Mais nous demander d'introduire dans la loi sur le recrutement, sous cette forme, un article d'une loi sur la naturalisation, qui n'est pas encore votée, c'est un procédé absolument illogique, et contraire à toute espèce de précédent législatif. Si la nouvelle loi sur la naturalisation est votée, je le répète, et si les fils d'étrangers nés en France sont *de plano* Fran-

1. Chambre des Députés, Déb. Parlem. 1883, p. 3028, séance du 20 déc. 1883.

çais, le premier paragraphe de l'art. 11 restera sans application ¹. »

Des déclarations de M. le général Deffis, rapporteur au Sénat, il ressort également que l'article 11 de la loi sur le recrutement n'avait qu'un caractère provisoire. « Ce sera, dit-il, à la loi sur la naturalisation qu'il appartiendra d'abroger les dispositions de la loi sur le recrutement qui lui seront contraires ². »

À la séance du 21 mai 1889, plusieurs sénateurs firent remarquer que l'art. 11 pouvait se trouver plus tard en désaccord avec le projet de loi sur la nationalité alors en élaboration, et qu'il serait préférable de ne pas traiter les questions résolues par cet article. « Pour moi, disait M. Léon Clément, je crois qu'il eût beaucoup mieux valu ne pas traiter la question de nationalité dans l'art. 11. L'art. 1^{er} et l'art. 37 déclarent que le service militaire est dû par tout Français : c'est le principe ; cela suffisait, je crois, pour qu'on dressât, conformément à la loi sur la nationalité, le tableau de recrutement tel qu'il doit être fait. Je crois donc qu'il eût été bien préférable de ne pas mettre dans la loi l'article 11, qui, en définitive, n'ajoute rien de nouveau, ne fait qu'appliquer la loi sur la nationa-

1. Sénat, Débats Parlement., 1839, p. 570, séance du 17 mai.

2. Chambre des Dép., Déb. Parlem., 1889, p. 595, séance du 16 mars 1889.

lité, et s'en référer purement et simplement à la législation existant actuellement et à la législation future. » Le rapporteur, et, avec lui, le Sénat estimèrent toutefois, afin d'éviter que certaines dispositions de notre loi de recrutement ne fussent en désaccord avec l'œuvre de la commission spéciale qui s'occupait du projet de loi sur la nationalité — ce sont les propres paroles du rapporteur — qu'il convenait de résoudre les questions posées par l'art. 11, en se mettant en présence de la législation encore en vigueur, sans attendre la loi à intervenir.

Si donc il y a contradiction entre l'art. 11 de la loi militaire et le paragraphe 3 de l'article nouveau du Code civil, cette contradiction n'existe que dans la lettre de la loi, mais non dans son esprit. L'art. 11 de la loi militaire du 15 juillet 1889 parle de la loi du 16 déc. 1874 comme si cette loi existait encore ; mais ce n'est là qu'une erreur de rédaction. Au moment de la promulgation de la loi militaire du 15 juillet 1889 (17 juillet 1889), il y avait 21 jours que la loi du 16 décembre 1874 était abrogée. En effet, la loi du 26 juin 1889, dont le vote avait précédé de quelques semaines le vote de la loi militaire, avait expressément déclaré dans son art. 6 que ladite loi de 1874 était abolie.

L'erreur matérielle du législateur vient de ce que, au moment où l'art. 11 de la loi mili-

taire a été discuté, la loi sur la nationalité était encore sur le chantier. Plus tard, au moment de la promulgation de la loi militaire, le texte de l'art. 11, qui n'était que provisoire, n'a pas été mis en accord avec la législation, désormais en vigueur, sur l'acquisition de la qualité de Français: il doit être considéré comme non avenue.

Donc, sans aucun doute, les individus nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés, sont dorénavant Français au même titre que ceux qui procèdent d'une famille française. Étant Français au même titre que les fils de nationaux, ils doivent être appelés au service militaire en même temps qu'eux; la logique l'exige: « Il faut, dit le Ministre de la guerre, les inscrire dès la formation de la classe à laquelle ils appartiennent par leur âge ¹. » (Instruction du 4 décembre 1889.)

Par conséquent, si un individu accusé de désertion ou d'insoumission soutient devant le conseil de guerre qu'étant né en France d'un étranger qui lui-même y est né, il a réclamé en temps voulu sa qualité d'étranger, en ce cas les tribunaux militaires ne doivent pas tenir

1. En ce sens: *La nouvelle loi sur le recrutement*. Publication de l'armée territoriale 1889, p. 21. — Un ancien commandant. *Manuel du recrutement de l'armée*, page ix, Paris 1889. — Rabany, *Loi sur le recrutement* — 1, page 185. Weiss, *Journal du droit int. priv.* 1890, p. 16. — Cogardan, *op. cit.*, p. 94, note 1 et p. 453, note 1. — Geauffre de Lapradelle, *De la nationalité d'origine*, p. 246.

compte de l'exception soulevée: le prévenu, étant Français d'après les termes mêmes du Code civil, ne peut soulever une exception d'extranéité. C'était d'ailleurs la solution proposée dans la discussion de la loi militaire ¹.

Cependant, tous les fils d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés sont-ils irrévocablement Français? Des difficultés, qui pendant quelque temps ont passionné la doctrine, et qui maintenant sont résolues législativement, se sont élevées sur le sens qu'il faut attribuer à ces mots: Enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né. Cette disposition comprend-elle au même titre l'individu né en France d'un père qui lui-même y est né et l'individu né en France d'une mère qui elle-même y est née, celle-ci eut-elle perdu la qualité de Française? En d'autres termes, pour qu'un individu né en France d'un étranger soit définitivement et irrévocablement Français dès sa naissance, faut-il mais suffit-il que l'un de ses auteurs, d'ailleurs étranger ou ex-Français, soit lui-même né en France, sans qu'il y ait lieu d'établir à cet égard aucune différence entre le père et la mère? De la solution de cette question dépen-

1. Projet de la commission du Sénat du 21 mars 1888, annexes de ce rapport. Journal Officiel du 18 mai 1888, annexes p. 134, nos 204 et 204 bis.

dent des conséquences graves au point de vue du service militaire.

L'administration parut d'abord entendre l'art. 8 en ce sens que les Français de droit étaient seulement les individus nés en France d'un étranger qui lui-même y était né ; quant à ceux dont la mère seule était née en France, elle les considérait comme placés sous l'empire de l'art. 9.

Mais la Cour de cassation rendit, à la date du 7 décembre 1891, un arrêt qui eut un grand retentissement¹. Elle déclara que l'individu né en France d'une étrangère qui elle-même y était née, était Français de plein droit. Le demandeur au procès était un sieur Hess, né à Paris en 1857 d'un père étranger qui était lui-même né à l'étranger ; mais sa mère, d'ailleurs d'origine française, était elle-même née sur le territoire français. Depuis sa naissance, il avait toujours été domicilié en France ; en 1877, il avait été compris sur les listes du recrutement. Loin d'opposer son extranéité pour se soustraire aux obligations militaires, il avait fait son service en qualité d'engagé conditionnel. En 1881, il passait dans la réserve de l'armée active, et, en 1885, il entra dans l'armée territoriale ; en 1886, il fut

1. Cour Paris, 2 juin 1891, D. P. 1891, 2, 335, avec une note. — Cassation, 7 déc. 1891, D. P., 1892, 1, 88.

promu au grade de sous-lieutenant. Le 23 juillet 1890, le ministre de la guerre l'informa que, par décision du Président de la République, en date du 15 juillet, sa nomination dans la cavalerie territoriale avait été annulée. L'administration, en effet, s'était aperçue que le sieur Hess, fils d'étranger, était étranger lui-même; s'il désirait conserver son grade dans l'armée, il devait, ou bien demander la naturalisation, ou bien souscrire la déclaration de l'art. 10 du C. civ. en invoquant sa qualité de fils d'un ex-Français.

La Cour de cassation, qui déclarait le sieur Hess Français, se fondait sur ce que la loi fait résulter la qualité de Français de l'enfant, non de la condition des parents, mais de la circonstance de fait du lieu de naissance des personnes qu'elle désigne, et que l'enfant né en France d'une mère qui y est née est tout aussi bien né en France d'un étranger qui y est né, que l'enfant né en France d'un père étranger qui y est né : *Genus masculinum complectitur et feminum*. Elle trouvait que ce qui était conforme à la lettre du texte était également conforme à la volonté du législateur, qui avait voulu étendre la faculté pour acquérir la qualité de Français.

La solution donnée par la Cour de cassation était interprétative de la loi nouvelle sur la nationalité : son système fut consacré par tous

les commentateurs ¹, qui s'appliquèrent à en tirer toutes les conséquences.

« Les individus de cette catégorie qui n'auront pas encore atteint l'âge de 45 ans avant la clôture des tableaux de recensement de la classe prochaine, écrivaient MM. Lesueur et Dreyfus, vont, aux termes de l'art. 15 de la loi du 15 juillet 1889, être considérés comme omis : ils seront inscrits sur les tableaux de recensement de la classe appelée après la découverte de l'omission et soumis à toutes les obligations de cette classe, astreints comme tels à faire trois années de service actif, puis leur service de réserve et de territoriale... Cette conséquence est incontestablement fort dure, et nous doutons que l'administration de la guerre la pousse jusque dans ses extrêmes limites... »

Considérer l'enfant né en France d'un père né à l'étranger et d'une mère née en France comme Français, c'était vraiment pousser par trop loin la tendance absorbante : comment un tel enfant peut-il être Français, alors que celui qui naît en France d'un étranger et d'une mère française née hors de France est réputé étranger ? « Cette

¹ Lesueur et Dreyfus, *J. de droit int. priv.* 1892, p. 78 et suiv. ; *La Nationalité*, p. 27 ; Despagnet, *Précis de droit int. privé*, 2^e éd., n^o 186 ; Vincent, *La loi du 26 juin 1889 sur la nationalité*, p. 46 n^o 25, et *Revue pratique de droit int. priv.* 1890-91, p. 141 et suiv. ; Audinet, *Observations sur le projet de loi relatif à la nationalité française*, 1889, p. 199 ; Pillet, note dans Sirey, 1892, 1, 82.

solution, disait M. Louis Renault à une séance de la Société de législation comparée, entraînera, on peut en être sûr, des réclamations de bien des côtés... Dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, c'était l'individu placé dans cette situation qui réclamait la nationalité française, et il pouvait paraître rigoureux de la lui contester. Mais, le plus souvent, ce sont des individus qui ne voudront pas être Français qui se plaindront; est-il nécessaire d'imposer la nationalité française dans ces conditions? Cela me paraît fort douteux..... Il est à souhaiter qu'une solution plus libérale finisse par triompher ¹. » M. Bufnoir tenait à la même séance un langage analogue : « Je suis bien d'accord que le législateur de 1889 est allé beaucoup trop loin, et qu'il aurait dû tout au moins faire certaines distinctions. »

Les réclamations prévues par les jurisconsultes ne tardèrent pas à se produire. Un jugement du Tribunal de Vannes du 1^{er} décembre 1892², confirmé par la Cour de Rennes le 18 avril 1893³, déclara soumis au service militaire en France un fils d'Anglais né sur le sol français et dont la mère elle-même y était née.

1. *Bulletin de la Société de législation comparée*, mars 1892, p. 272.

2. *Le Droit* du 9 déc. 1892.

3. *Le Droit* du 30 avril 1893.

A la suite de ces décisions, qui obligeaient au service militaire en France des jeunes gens nés en France d'une façon accidentelle et dont la mère y était née, mais qui, en réalité et très sérieusement, entendaient conserver leur nationalité d'origine avec les charges qu'elle comportait, des réclamations furent transmises au Gouvernement par voie diplomatique ; mais il était impossible d'y donner satisfaction sans modifier la loi.

Le Gouvernement présenta un projet déclarant Français « tout individu né en France d'un père qui lui-même y est né, et tout enfant naturel né en France d'une mère étrangère qui elle-même y est née, dans le cas où il devrait suivre la nationalité de sa mère. » C'était, en ce qui concerne l'enfant né en France d'une mère qui elle-même y était née, le retour à l'art. 9 ancien du C. civil ; en effet, d'après le projet, cet enfant devrait se trouver étranger, sauf à acquérir la qualité de Français par une déclaration spéciale, et non pas être Français de plein droit, sauf une répudiation formelle. Mais la commission de la Chambre, préoccupée de revenir le moins possible sur la législation de 1889, se mit d'accord avec le Gouvernement pour conférer à l'enfant né en France d'une mère étrangère, qui elle-même y est née la qualité de Français, sauf répudiation.

L'art. 8 § 3 est ainsi modifié par la loi du 22 juillet 1893 :

Est Français.....

3° Tout individu né en France de parents étrangers dont l'un y est lui-même né, sauf la faculté pour lui, si c'est la mère qui est née en France, de décliner, dans l'année qui suivra sa majorité, la qualité de Français, en se conformant aux dispositions du parag. 4 ci-après. L'enfant naturel pourra, aux mêmes conditions que l'enfant légitime, décliner la qualité de Français, quand le parent qui est né en France n'est pas celui dont il devrait, aux termes du parag. 1^{er}, suivre la nationalité.

Désormais donc, la double naissance sur le sol français du père et de l'enfant assure encore à ce dernier, comme sous l'empire de la loi du 26 juin 1889, la nationalité française d'une manière ferme, et sans répudiation possible. La double naissance sur le territoire de la mère et du fils confère aussi à celui-ci notre nationalité ; mais, dans ce cas, l'enfant peut la répudier à sa majorité ¹. Conformément à l'art. 11 de la loi du 15 juillet 1889, relatif à l'inscription des Français sous condition résolutoire, cet individu devra être inscrit avec la classe dont la formation

1. Rapport du directeur des affaires civiles au Ministère de la Justice, sur l'application de la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, *Journal du Droit administratif*, 1893, p. 458.

suit l'époque de sa majorité, tout en n'étant assujéti qu'aux obligations de service de la classe à laquelle il appartient par son âge ¹.

Mais, si la loi du 22 juillet 1893 a donné satisfaction à certaines réclamations, elle a admis un principe de rétroactivité fort grave, qui pourra engendrer de nouvelles difficultés. Son art. 2 est ainsi conçu : « Les individus auxquels l'art. 8 § 3 modifié réserve la faculté de réclamer la qualité d'étrangers, et qui auront atteint leur majorité à l'époque de la promulgation de la présente loi, pourront réclamer cette qualité en remplissant les conditions prescrites, dans le délai d'un an à partir de cette promulgation. » Ainsi, d'après ce texte, toutes les personnes nées en France d'une mère née elle-même en France, quel que soit aujourd'hui l'âge de ces personnes ou le lieu de leur résidence, sont irrévocablement de nationalité française, à moins qu'elles ne répudient cette nationalité, dans le délai d'un an à partir de la promulgation de la loi. Faute par elles de se conformer à cette loi, ces personnes risqueront d'être considérées en France

1. Circulaire du Ministre de la Guerre, relative à l'application de la loi du 22 juillet 1893. *J. de dr. int. priv.*, 1893, p. 1288. Cette décision ministérielle distingue entre les hommes qui figurent déjà sur les listes de la classe de 1892 ou des classes antérieures et les hommes qui n'ont pas encore tiré au sort. Elle a soulevé de vives réclamations, quant à sa première partie, de la part d'un certain nombre de fils d'étrangers qui prétendent qu'elle constitue une violation de l'art. 2 de la loi du 22 juillet 1893.

comme Françaises, même si elles ont aujourd'hui, depuis longtemps, dépassé l'âge de la majorité. Bon nombre d'individus pourront n'avoir pas eu connaissance de cette loi, et de l'application extrêmement compréhensive qu'elle fait du *jus soli* ; et, s'ils viennent en France, ils seront exposés à subir les peines réservées aux déserteurs.

Il eût certes mieux valu, au lieu de légiférer de cette façon, imiter le silence du législateur de 1889, qui n'a pas tranché par des dispositions spéciales, la question transitoire de la rétroactivité de la loi. Les tribunaux ont été appelés à décider si l'individu né en France d'un étranger qui lui-même y était né, et qui, lors de la promulgation de la loi du 26 juin 1889, n'avait pas encore atteint sa majorité, avait perdu, à la suite de la mise en vigueur de la loi nouvelle, la faculté d'option pour la nationalité étrangère, si en un mot la loi de 1889, qui a supprimé le droit de répudiation, s'appliquait rétroactivement aux enfants nés sous l'empire des lois de 1851 et 1874. La question s'est présentée, à propos du recrutement, sur le point de savoir si un jeune homme né en France avant 1889 d'un étranger lui-même y étant né, devrait être à sa majorité, survenue après la promulgation de la loi, citoyen Français *ipso jure* et, comme tel, porté sur les tableaux de recrutement.

Les tribunaux ont décidé que la loi de 1889 avait un effet rétroactif. La Cour de Pau ¹, par arrêt du 22 juin 1892, réforma en ce sens un jugement du tribunal de Bayonne, en date du 23 juillet 1891. La Cour de cassation ², adoptant l'avis des premiers juges, a admis la même solution par arrêt en date du 5 juin 1893, après jugement du tribunal de Bordeaux ³ du 11 juillet 1892 et arrêt conforme de la Cour de Bordeaux ⁴ du 21 décembre de la même année.

Toutefois, on a essayé ⁵ de combattre la doctrine que vient de consacrer à nouveau la Cour suprême. On a prétendu que, pour connaître exactement quelle est la nationalité à sa majorité d'un enfant né en France, avant 1889, d'un étranger qui lui-même y est né, il importe de se reporter à la loi en vigueur à l'instant de sa naissance, la non-rétroactivité des lois étant un principe supérieur qui doit être aussi bien respecté en matière de nationalité qu'en toute autre. Et on a déduit de cette prétendue vérité que les enfants nés en France d'étrangers qui eux-mêmes y sont nés, avaient, avant la loi

1. *Journ. de droit int. priv.* 1892, p. 995.

2. *Journ. de droit int. priv.* 1893, p. 1188.

3. *Journal de droit int. priv.* 1892, p. 997.

4. *Journal de droit int. priv.* 1893, p. 563.

5. *Gazette des Tribunaux* 2 juin 1893, Les étrangers et le recrutement.

de 1889, un droit acquis consistant à pouvoir opter à leur majorité pour l'une ou l'autre nationalité offerte à leur choix, et qu'il est impossible maintenant de les dépouiller de ce droit ¹.

Il est certain que les droits acquis définitivement aux individus qui avaient au moment de la promulgation de la loi de 1889, revendiqué la nationalité de leurs parents, ne sont pas modifiés par la législation nouvelle ². Mais les dispositions de la loi sur la nationalité doivent recevoir application, en tant qu'elles n'atteignent pas les droits définitivement acquis ; car une faculté d'option, et en général toute faculté éventuellement accordée par la loi demeurent une simple expectative tant que l'intéressé n'en a pas fait usage ³.

La théorie des droits acquis, telle qu'on la formule, est donc erronée en droit. Au surplus, si l'on considère que ce sont des raisons d'utilité sociale et d'ordre public qui ont déterminé le législateur, qui voulait avant tout augmenter

1. V., dans le même sens, les raisons invoquées par M. Esperson, *Condizione della straniero*, II, *chi può dirsi straniero e chi italiano*, p. 56 et s., et la critique du système de cet auteur, Geauffre de Lapradelle, p. 328 et s.

2. Aubry et Rau, I, p. 63 § 30 ; Vannes, 1^{er} avril 1893, *J. du droit int. priv.*, p. 568 ; Rennes, 28 avril 1893. *J. du droit int. priv.* 1893, p. 1186.

3. M. Weiss (*op. cit.*) admet que l'art. 8 3^e ne s'applique pas aux individus qui, déjà majeurs lors de sa promulgation, se trouvaient encore dans le délai exigé pour formuler une option valable : en devenant majeurs, ils avaient acquis le droit de renoncer à la nationalité française.

le nombre des Français, à soumettre le droit de la nationalité à un régime nouveau plus conforme au bien de l'État, il faut admettre que la loi nouvelle, étant présumée meilleure que l'ancienne, doit produire des effets immédiats et absolus, dans le passé comme dans le présent. Ajourner l'effet de la loi du 26 juin 1889 à vingt ans de sa date, soit à l'année 1909, ce qui serait l'hypothèse si on ne devait l'appliquer qu'aux enfants nés postérieurement au 26 juin 1889, serait une solution directement contraire à la volonté du législateur. Les documents législatifs qui ont précédé le vote de la loi sont décisifs sur ce point. Le rapporteur de la commission du Sénat s'exprimait en ces termes : « En présence des exigences nouvelles de la loi militaire, il faut soustraire les enfants nés en France d'un étranger qui lui-même y est né à la tentation de vouloir les éluder. La commission vous propose d'enlever à ces enfants d'étrangers le droit d'option. »

D'ailleurs, l'étude des différentes lois sur la nationalité démontre que le législateur a entendu saisir immédiatement tous les individus qui se trouvaient, au moment de la promulgation, dans la situation qu'elles réglaient, c'est-à-dire les individus même déjà nés. L'art. 1^{er} du projet de loi du 7 fév. 1851 portait : Sera Français tout individu, etc. M. Valette ayant fait observer, lors

de la discussion, que la loi devrait être appliquée à ceux dont la naissance serait antérieure à sa promulgation, et que l'article du projet, rédigé au futur, ne semblait concerner que les individus qui seraient nés depuis la promulgation de la loi, l'Assemblée nationale adopta son amendement, qui avait pour but de substituer le présent au futur. C'est évidemment en obéissant à la même considération que le législateur de 1874 et celui de 1889 ont employé le temps présent. C'est donc guidée par l'esprit et la lettre de la loi que la jurisprudence attribuait un effet immédiat aux lois du 7 fév. 1851 et du 16 déc. 1874. (Douai, 18 déc. 1854 ¹; Cass., 7 déc. 1883 ²; Rouen, 22 fév. 1884 ³.) Cette interprétation, pour les mêmes motifs, doit s'appliquer à la loi de 1889.

SECTION III

Étranger né en France

§ 1

ENFANTS DOMICILIÉS EN FRANCE A LEUR MAJORITÉ

Le nouvel art. 8 4° s'exprime ainsi : « Est Français... tout individu né en France, et qui

1. *Sirey*, 1855, 2, 263.

2. *Journ. du droit int. priv.*, 1884, p. 634.

3. *Ibid.*

à l'époque de sa majorité est domicilié en France, à moins que, dans l'année qui suit sa majorité telle qu'elle est fixée par la loi française, il n'ait décliné la qualité de Français, et prouvé qu'il a conservé la nationalité de ses parents par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée à la déclaration, et qu'il n'ait en outre produit, s'il y a lieu, un certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux conformément à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions prévues aux traités. »

Les étrangers qui sont nés en France et qui sont domiciliés sur notre sol à l'époque de leur majorité, sont donc Français de plein droit, sauf déclaration contraire de leur part. Deux situations sont donc possibles, suivant que ces individus usent ou non du droit d'option qui leur est conféré.

Supposons d'abord qu'ils ne réclament pas la qualité d'étrangers : recherchons quelles charges militaires leur seront imposées.

L'art. 11 § 2 de la loi sur le recrutement pose, en ce qui les concerne, la règle suivante : « Les individus nés en France d'étrangers et résidant en France, sont également portés, dans les communes où ils sont domiciliés, sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité, telle qu'elle est

fixée par la loi française; ils peuvent réclamer contre leur inscription lors de l'examen du tableau de recensement, et lors de leur convocation au conseil de révision, conformément à l'art. 16 ci-après. S'ils ne réclament pas, le tirage au sort équivaldra pour eux à la déclaration prévue par l'art. 9 du Code civil; s'ils se font rayer, ils seront immédiatement déchus du bénéfice dudit article. »

Cette disposition, inspirée par l'art. 9 de la loi du 27 juillet 1872, ne donnerait lieu à aucune difficulté d'interprétation, si la situation de l'enfant né en France d'un père étranger était demeurée sous l'empire de la loi nouvelle, telle que l'avait faite le Code civil de 1804. Dans l'ancienne législation, l'enfant né sur notre sol de parents étrangers était lui-même étranger; mais il avait la faculté de réclamer la nationalité française dans l'année qui suivait sa majorité, en faisant une déclaration formelle.

La condition des fils d'étrangers nés en France et domiciliés sur notre sol à leur majorité, est maintenant réglée tout à fait différemment. Ces individus sont Français, à moins qu'ils ne déclinent cette qualité sous certaines conditions: seront-ils donc régis, au point de vue militaire, par l'art. 11 § 2 de la loi sur le recrutement, qui suppose, d'après sa lettre, non pas le cas d'un jeune homme Français, sauf option à sa majo-

rité, mais bien celui d'un étranger ayant la faculté de réclamer notre nationalité jusqu'à un certain âge ?

Évidemment, si on s'en tenait aux termes de l'art. 11 § 2, on serait tenté de l'écarter comme n'ayant pas trait à notre situation et se référant à celle bien distincte de l'ancien article 9; mais il ne faut pas oublier que, lorsque l'art. 11 a été voté, on se trouvait en présence, non de l'art. 8 nouveau 4°, mais de l'art. 9 ancien du Code civil. D'ailleurs, on sait qu'il ne faut pas attacher trop d'importance aux termes de la loi militaire, qui n'est pas un modèle de précision et qui ignore la correction dans les références. La solution de la question doit être recherchée dans les travaux préparatoires : c'est là qu'on trouvera à quelles charges militaires le législateur entendait soumettre les individus nés en France d'étrangers et résidant dans notre pays à leur majorité.

Dans la discussion de l'art. 11 de la loi militaire, M. George s'exprimait ainsi : ¹ « Prenons les jeunes gens visés par l'art. 9. Les individus de cette catégorie n'ont qu'une chose à faire pour être Français, c'est, à l'époque qui suivra leur majorité, de réclamer la qualité de Français. Nous n'innovons rien à cet égard ; mais voici

1. Déb. Parlem., Sénat, séance du 17 mai 1888, p. 661.

en quoi innove l'article : au lieu d'une déclaration négative comme celle de la loi de 1874, il s'agit ici d'une déclaration positive, mais nous leur donnons la même sanction. Nous disons aux intéressés : nous limitons le délai, qui était d'une année complète. Vous êtes inscrits au moment où vous êtes majeurs, et vous n'avez comme délai que l'intervalle qui s'écoule depuis l'époque de votre majorité jusqu'au moment où vous paraissez devant le conseil de révision, c'est-à-dire jusqu'au moment où la liste devient définitive... »

L'art 11 de la loi militaire, tel qu'il est rédigé dans sa teneur actuelle, fut alors adopté par le Sénat. Il est certain qu'il visait, dans son § 2, les étrangers nés en France d'étrangers ayant la faculté de réclamer notre nationalité à la majorité ; mais, dans son § 1^{er}, il s'occupait des jeunes gens alors Français, sauf option, comme le sont actuellement les individus nés en France, et qui sont domiciliés sur notre sol à leur majorité. Or, la solution donnée par le législateur au point de vue du service militaire, était absolument la même dans le § 1^{er} que dans le § 2, et les raisons invoquées étaient absolument identiques¹. « L'art. 11, disait M. George, il est absolument inutile de se le dissimuler, apporte une certaine

1. Déb. Parlem., Sénat, séance du 17 mai 1888.

modification à la loi de 1874; car la loi de 1874 réserve à l'individu né en France de parents qui eux-mêmes y sont nés toute l'année qui suit sa majorité pour faire sa déclaration.

Au contraire, dans notre texte nous lui disons : lorsque vous avez atteint votre majorité, vous êtes porté immédiatement, et d'office, sur le tableau de recensement de la classe qui suit ; en sorte que, si vous n'avez pas réclamé au moment où la liste devient définitive, c'est-à-dire au moment où le conseil de révision a statué, c'est fini; vous êtes forclos, votre droit est éteint. Il y a donc une limitation apportée au délai qui était accordé à ces individus pour faire leur option. » Et M. George, dans la discussion du § 2, devant le Sénat ajoutait : « Les mêmes considérations qui justifient la rédaction que le Sénat vient d'adopter sur le § 1^{er}, motivent également la rédaction que nous avons acceptée pour les individus visés par le § 2. »

Lorsque le projet de loi, modifié par le Sénat, revint devant la Chambre, la commission proposa la rédaction suivante : « Les individus nés en France de parents étrangers... sont portés, dans la commune où ils sont domiciliés, sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit la déclaration faite par eux en vertu de l'art. 9 du Code civil. Les uns et les autres ne sont assujétis qu'aux obligations de ser-

vice de la classe à laquelle ils appartiennent par leur âge. »

Mais M. des Rotours proposa un amendement tendant à substituer au texte proposé la rédaction adoptée par le Sénat : « Avec votre nouvelle loi, que va-t-il arriver, si vous votez la rédaction de la commission ? Un exemple vous permettra d'en juger. Je prends deux jeunes gens appartenant à la même commune ; l'un est d'origine française, l'autre d'origine étrangère ; l'un et l'autre sont nés en 1868, ils sont de la classe de 1888. Pour le premier, le Français d'origine, quand commencera son temps de service ? Il commencera, d'après la loi, en novembre 1889, et son temps de service finira, dans l'armée active, en novembre 1892. Et à l'individu d'origine étrangère qu'atteindra la loi du 16 décembre 1874 ou l'art. 9 du Code civil, quelle situation lui fait la commission ? Ah ! pour celui-là, qui est né en 1868 comme l'autre, le temps de service ne commencera qu'en novembre 1891, et il finira en 1892. Donc, tandis que les individus d'origine française serviront trois ans, les individus d'origine étrangère portés sur les tableaux de recensement en vertu de l'art. 9 du Code civil ou de la loi de 1874, ne serviront qu'un an : voilà le service d'un an, supprimé pour les Français, qui se trouve rétabli au profit des étrangers. »

L'amendement fut adopté à la séance du 20

décembre 1888. Quelques mois plus tard, à la séance du 16 mars 1889, lors de la discussion de l'art. 8 4^e de la loi sur la nationalité, M. des Rotours demanda au rapporteur si l'article en question n'infirmerait pas en partie l'article 11 de la loi militaire. Le rapporteur répondit que la disposition du parag. 4 de l'art. 8 du projet ne détruisait pas, du moins dans son esprit, la disposition qui avait été introduite dans la loi militaire.

Les travaux préparatoires sont donc formels sur ce point; le doute n'est plus permis. Les jeunes gens fils d'étrangers et domiciliés en France à leur majorité, sont Français sous condition résolutoire, tout comme les jeunes gens qui eux-mêmes y étaient nés avant la loi du 26 juin 1889. Et, comme la loi militaire a été faite sous l'empire de l'ancienne loi sur la nationalité, n'est-il pas logique de déduire de la situation qui leur était faite alors, au point de vue du service militaire, la situation qui doit leur être faite actuellement dans la législation nouvelle? Le commentateur ne peut se tromper, puisque le législateur entendait traiter de la même façon et les étrangers de l'art. 9 et les étrangers qui tombaient sous le coup des lois de 1851 et de 1874. La doctrine qui rejette l'application de l'art. 11 § 2 de la loi du recrutement parce qu'elle ne se réfère pas expressément à

la situation de l'art. 8 § 3 du Code civil, attribue très faussement à la loi militaire un souci d'exactitude qu'elle ignore.

Les individus nés en France d'étrangers et domiciliés sur notre sol à leur majorité, seront donc portés sur les tableaux de recensement dans l'année qui suit leur vingt et unième année. Mais à raison de la loi militaire, ils n'ont pas une année complète pour réclamer la qualité de Français. (Code civ. art. 8 4°.) Lorsque, comme tout national, ils tombent sous le coup de la loi militaire, et qu'ils sont portés, dans les communes où ils ont leurs domiciles, sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité, ils peuvent alors réclamer contre cette inscription lors de l'examen du tableau de recrutement fait au chef-lieu de canton en même temps que le tirage au sort et en séance publique sous la présidence du sous-préfet. Dans ce but, il leur suffit d'établir qu'ils ont accompli les formalités exigées d'eux par l'art. 8 4° pour qu'ils puissent décliner la qualité de Français. Si la réclamation n'est pas admise, elle sera ensuite présentée au conseil de révision; alors celui-ci rayera immédiatement l'inscrit du tableau, ou, dans le cas contraire, le jeune homme aura le droit d'intenter devant le tribunal civil une action contre le préfet. Le conseil de révision devra alors

surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction civile se soit prononcée sur la nationalité du réclamant. Si l'extranéité de ce dernier est admise, il sera rayé de la liste de recrutement, et considéré désormais comme étranger. (Art. 16 et suiv. de la loi du 15 juillet 1889.)

- Telle est, d'ailleurs, l'interprétation officielle que donne le Ministre de la Guerre dans son instruction du 4 décembre 1889, n° 21 : « Pour les individus nés en France d'un étranger, et domiciliés en France lors de leur majorité, la loi du 26 juin 1889 les déclare Français sous condition résolutoire. Leur situation, sous le rapport du recrutement, est régie par l'art. 11 § 2 de la loi militaire, stipulant qu'ils sont inscrits avec la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité, sans attendre qu'ils aient atteint l'âge de vingt-deux ans révolus. »

L'abréviation du délai donné à l'étranger pour exciper de son extranéité ne peut être un préjudice pour lui ; car il aura toujours plusieurs mois pour fournir les pièces requises, que la plupart du temps il aura en main.

D'ailleurs, il est de son intérêt qu'il soit mis en demeure de répudier le plus tôt possible, afin que sa nationalité ne demeure pas en suspens.

D'un autre côté, il est juste que l'étranger majeur prenne un parti : il faut qu'il prenne la qualité d'étranger restant soumis aux articles 7

et 8 de la loi de 1849 sur la police des étrangers, ou bien qu'il prenne part aux charges communes de tous les citoyens français. Dans ce dernier cas, si on lui donne une année complète pour opter, on abrège d'une année entière son service militaire : n'est-ce pas contraire à l'esprit d'égalité de notre loi militaire ?

Des termes de l'article 11, § 2 de la loi militaire, il semble résulter que la répudiation doit être effectuée au plus tard le jour du conseil de révision, à moins que ce dernier n'ajourne sa décision ou ne prenne qu'une décision conditionnelle. (Art. 31.) Le conseil de guerre ne doit donc pas, en principe, tenir compte d'une exception d'extranéité proposée par un prévenu de désertion ou d'insoumission qui n'aurait pas excipé de sa qualité d'étranger au moment du conseil de révision au plus tard.

Telles sont les dispositions des lois du 26 juin 1889 et du 15 juillet 1889 au sujet des étrangers nés en France, et domiciliés dans notre pays à leur majorité. Elles s'appliquent à tous les individus mineurs avant la promulgation de la loi sur la nationalité.

Mais on ne pourrait, sans porter atteinte au principe de la rétroactivité des lois, appliquer les prescriptions de la loi nouvelle sur la nationalité et, par suite, celle de la loi sur le recrutement aux individus nés en France d'un

étranger, et domiciliés en France à leur majorité, qui ont atteint 21 ans avant la promulgation de la loi du 26 juin 1889 ¹.

Jusqu'ici nous avons supposé que l'enfant né de parents étrangers et domicilié en France à sa majorité n'avait pas réclamé la qualité d'étranger : il se peut que cet individu, une fois devenu majeur, repousse notre nationalité et opte pour la patrie de ses ancêtres, comme l'art. 8 n° 4 le lui permet. Il nous reste à examiner cette seconde hypothèse.

La loi subordonne à certaines conditions la validité de l'option : le but poursuivi par notre loi est d'empêcher, autant que faire se peut, que des étrangers puissent se créer une possession paisible de la qualité de Français sans satisfaire aux obligations qu'elle impose, et particulièrement aux obligations du service militaire.

L'étranger né en France et domicilié en France à sa majorité qui décline la qualité de Français, doit faire une déclaration expresse. Sous

1. Weiss, *op. cit.*, p. 191. Geauffre de Lapradelle, *op. cit.*, p. 331. — La loi nouvelle ne s'applique pas à ceux qui avaient atteint leur majorité avant la promulgation de la loi du 26 juin 1889 et qui, à ce moment, avaient le droit de croire leur nationalité définitivement fixée, sauf le droit d'opter qu'ils conservaient jusqu'à la 22^e année. C'est ainsi qu'un élève de l'École centrale des Arts et Manufactures, porté sur les tableaux de recensement, assigna le préfet du Nord pour se faire déclarer étranger. Le tribunal de Cambrai lui donna raison. (*Journal du droit int. priv.* 1890, p. 933). V. aussi *Journal du droit int. priv.* 1890, p. 491.

l'ancienne législation (art. 9 ancien du C. civ.), les déclarations par lesquelles certains individus réclamaient ou déclinaient notre nationalité, étaient faites devant l'autorité municipale du lieu de leur résidence, sur un registre spécial destiné à les constater. (Circulaires du ministre de l'intérieur du 24 mars 1847 et du garde des sceaux du 20 oct. 1888.) Ce système était défectueux à plusieurs points de vue : d'abord, les maires n'avaient pas une compétence juridique suffisante pour recevoir ces déclarations; en outre, les registres étaient souvent mal tenus; enfin, ces déclarations n'étaient contrôlées nulle part, de telle sorte que les intéressés pouvaient, à leur gré, les dissimuler ou les invoquer selon les circonstances.

Dans le but de mieux assurer ces garanties, déclare le garde des sceaux (dans une circulaire du 23 août 1889, la loi du 26 juin et le décret du 13 août 1889 ont prescrit l'enregistrement de toutes les déclarations de ce genre, notamment à la Chancellerie, et confié le soin de les recevoir aux juges de paix.

L'art. 6 du règlement d'administration publique du 13 août 1889 prescrit que les déclarations de ce genre seront reçues à l'avenir par le juge de paix du canton dans lequel réside le déclarant. Elles peuvent, d'ailleurs, être faites par procuration spéciale et authentique. Elles sont

dressées en double exemplaire, sur papier timbré. Le déclarant est assisté de deux témoins qui certifient son identité; il doit produire à l'appui de sa déclaration toutes les justifications nécessaires, en y joignant son acte de naissance et, le cas échéant, son acte de mariage, et les actes de naissance de ses enfants mineurs, avec la traduction de ces actes, s'ils sont en langue étrangère.

Les deux exemplaires de la déclaration et les pièces justificatives doivent être adressés sans délai par le juge de paix au procureur de la République, qui les transmet au Ministre de la justice. (Art. 7 du règlement de 1889.)

La déclaration est inscrite à la chancellerie sur un registre spécial; l'un des exemplaires est déposé dans les archives, et l'autre renvoyé à l'intéressé. (Art. 8 du règlement de 1889.)

Si la déclaration à l'effet de décliner la qualité de Français n'est pas faite dans des conditions régulières, il résulte du paragraphe 2 de l'article 9 actuel du Code civil, tel qu'il a été remanié par la loi du 22 juillet 1893, que l'enregistrement sera refusé, sauf à l'intéressé à se pourvoir devant les tribunaux civils dans la forme prescrite par les articles 855 et suivants du Code de procédure civile.

La notification motivée du refus devra être faite au réclamant dans le délai de deux mois

à partir de la notification. (Art. 9-3° du Code civil, rédaction de 1893.)¹

Enfin, d'après l'article 9 alinéa 9 (rédaction de 1893), les déclarations faites pour décliner la qualité de Français doivent, après enregistrement, être insérées au Bulletin des Lois sans que, néanmoins, l'inexécution de cette formalité puisse préjudicier aux déclarants.

L'étranger né en France de parents étrangers et qui est domicilié à sa majorité sur notre sol, doit, pour décliner notre nationalité, produire parmi les pièces demandées les justifications suivantes :

1° Il doit fournir une attestation en due forme de son gouvernement qu'il a conservé la nationalité étrangère.

La loi n'a pas voulu qu'on pût refuser la nationalité française sans établir qu'on en avait une autre ; elle a préféré déclarer ces enfants Français plutôt que de les laisser sans patrie.

Aux termes d'un avis du Conseil d'État du 29 avril 1890, l'attestation de nationalité étrangère à produire par l'individu qui entend répudier la qualité de Français dans les termes du § 4 de l'art. 8 du Code civil, doit être délivrée par les agents diplomatiques de préférence aux agents consulaires.

1. Despagnet : *Du rôle du Conseil d'État dans la naturalisation*, d'après la loi du 22 juillet 1893. *Revue du droit public*, février 1894, p. 101.

2° Il doit également fournir un certificat, constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux conformément à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions prévues aux traités.

D'après l'avis du Conseil d'État du 29 avril 1890, le certificat constatant que le répudiant a répondu à l'appel sous les drapeaux à l'étranger, ne peut être exigé que de l'individu qui se prétend national d'un pays où le service militaire est obligatoire; et il convient de s'en remettre, quant à l'autorité compétente pour délivrer ce certificat, à la législation du pays dont se réclame l'intéressé.

Le législateur ne veut pas que des individus fixés en France invoquent leur extranéité uniquement pour échapper à tout service militaire dans notre pays et leur pays d'origine.

Dans la rédaction primitive de l'article, la personne qui réclamait la qualité d'étranger devait prouver « qu'elle avait satisfait à la loi militaire de son pays¹ »; mais on comprit que cette condition était trop sévère, étant données les lois en vigueur dans presque tous les pays. Aussi le texte voté se borne-t-il à exiger que le réclamanant prouve « qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux ».

1. Rapport Delsol, Sénat, 3 juin 1889.

De cette disposition peuvent naître des difficultés. Il se peut, en effet, que, pour certaines personnes, l'appel sous les drapeaux soit retardé et porté après la vingt-deuxième année : comment pourront-elles remplir la condition mise par l'art. 8-4° à la validité de l'option pour le gouvernement étranger ? Dans une autre hypothèse, l'étranger qui, après avoir pris part aux opérations du recrutement dans son pays d'origine, se sera soustrait par la fuite à l'incorporation, pourra-t-il s'établir dans notre pays sans être inquiété ? Ce sont là des anomalies qui découlent de la lettre de la loi et ont échappé à l'esprit du législateur.

L'obligation de fournir le certificat exigé pèse seulement sur les individus qui appartiennent à un pays où existe le service militaire obligatoire. C'est ce que signifient les mots « s'il y a lieu » qui se trouvent dans notre article. Ainsi, le service militaire n'existe pas en Angleterre, dans le grand-duché de Luxembourg ; de même il n'est pas imposé aux chrétiens dans l'empire ottoman. Dans ces hypothèses, les intéressés produiront un certificat constatant leur situation à cet égard. (Circulaire ministérielle du 23 août 1889¹.)

1. Weiss, *op. cit.*, p. 184.

§ 2

ENFANTS DOMICILIÉS A L'ÉTRANGER A L'ÉPOQUE DE LEUR MAJORITÉ

Le nouvel article 9-1° du Code civil est ainsi conçu : « Tout individu né en France d'un étranger et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité, pourra, jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis, faire sa soumission de fixer son domicile en France et, s'il l'y établit dans l'année à compter de l'acte de soumission réclamer la qualité de Français par une déclaration qui sera enregistrée au ministère de la justice. (Rédaction de la loi du 26 juin 1889, reproduite par la loi du 22 juillet 1893.)

D'après cette disposition, l'individu né en France de parents nés à l'étranger qui n'est pas domicilié en France à l'époque de sa majorité, n'a rien à faire pour conserver sa qualité d'étranger; elle lui est toute acquise: il peut réclamer la qualité de Français jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis, même pendant la minorité, par l'intermédiaire de ses représentants légaux.

S'il est âgé de moins de vingt et un ans accomplis, la déclaration sera faite en son nom par son père, en cas de décès par sa mère, en cas de décès du père et de la mère ou de leur

exclusion de la tutelle, ou dans les cas prévus par les articles 141, 142 et 143 du Code civil, par le tuteur autorisé par délibération du conseil de famille. (C. civ., art. 9, alin. 2¹.)

Quelle est la situation, au point de vue du service militaire, des individus qui, nés en France de parents étrangers et n'étant pas domiciliés en France à leur majorité, optent pour la nationalité française ?

Il est impossible d'appliquer à ces individus le second alinéa de l'art. 11 de la loi militaire du 15 juillet 1889, qui vise des individus nés dans notre pays et qui y sont domiciliés. Les individus dont s'occupe l'art. 9 du Code civil restent étrangers jusqu'à leur option ; à partir de ce moment, comme tout Français, ils doivent le service militaire. Ils seront alors inscrits sur les tableaux de recensement de la première classe après leur changement de nationalité, et ils ne seront assujétis qu'aux obligations de la classe à laquelle ils appartiennent. (Art. 12 de la loi du 15 juillet 1889.)

Dans ce système, il est vrai, ces individus pourront échapper au service militaire dans l'armée active ou, tout au plus, ne faire qu'un an

1. Les mineurs nés en France d'étrangers peuvent donc, en remplissant les conditions exigées par l'art. 9, al. 1 et 2, contracter un engagement volontaire dans l'armée ou entrer dans les écoles du Gouvernement.

au maximum ; ils jouiront à l'avenir de tous nos droits civils et politiques, après avoir éludé la plus grave de nos charges ; mais, si cette tactique est injuste en ne tenant pas compte du niveau égalitaire de la loi militaire, elle est habile en donnant une prime à la nationalité française. Le législateur, en voulant augmenter le nombre des soldats dans la réserve par la dispense du service actif, semble avoir pratiqué la maxime « donnant donnant ».

Quant aux étrangers qui, nés en France et domiciliés à l'étranger à leur majorité, n'optent pas pour la nationalité française, ils ne devraient pas être soumis au service militaire, puisqu'ils ne sont pas Français.

Pourtant, l'art. 9 du Code civ. 3^e al., qui vise cette catégorie d'étrangers, s'exprime ainsi : « Il devient également Français, si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend part aux opérations du recrutement sans opposer son extranéité. »

Pour expliquer ce texte, il faut se placer dans une hypothèse toute exceptionnelle, et supposer qu'un de ces individus a été porté par erreur sur le tableau de recrutement, et qu'il n'a pas excipé de son extranéité.

La participation aux opérations du recrutement équivaut pour eux à une option en faveur de la nationalité française. C'est là une disposi-

tion nouvelle dans notre droit : l'incorporation dans les armées françaises d'un fils d'étranger né en France, était sans influence sur la nationalité de cet individu ; notamment, d'après la jurisprudence, elle ne pouvait pas remplacer la déclaration prescrite par l'art. 9 du Code civil ¹. La loi du 22 mars 1849 avait bien permis de proroger le délai d'option en faveur des étrangers servant dans l'armée française, ou ayant satisfait à la loi militaire sans invoquer leur extranéité ; mais, même après cette loi, la participation aux opérations du recrutement, et même l'incorporation dans l'armée française n'avaient aucune influence sur la nationalité ; de telle sorte que l'individu incorporé qui faisait un acte d'insoumission ou désertait, pouvait toujours prouver sa qualité d'étranger devant les tribunaux civils et, par suite, échapper au service militaire ².

La Cour de cassation a jugé que, si le fils d'étranger n'avait pas profité de l'art. 9, que si, en fait, il ne se trouvait ni dans l'une ni dans l'autre des conditions imposées par la loi de 1849, il était définitivement étranger. Peu importait que l'administration eût consenti, après sa vingt-deuxième année, à l'inscrire sur les ta-

1. Grenoble, 19 nov. 1843 (D. 46, 4, 220) ; Cass., 8 juillet 1846 (D. 46, 1, 263) ; Trib. Evreux, 17 août 1881 (*Journ. dr. int. priv.*, 1882, p. 494).

2. Conseil de révision de Paris 7 juillet 1885 (Le Droit du 31 juillet 1885) ; 13 janvier 1887 (Le Droit du 4 mai 1887) ; 26 mai 1887 (Le Droit du 24 juin).

bleaux de recrutement et à le recevoir dans l'armée française, elle avait violé, en agissant ainsi, la loi de recrutement de 1832 ¹.

Le législateur de 1889 a rompu avec la tradition ; il a vu, dans le fait de prendre part aux opérations du recrutement sans opposer son extranéité, l'acte d'un Français : l'étranger que la perspective du service militaire en France n'effraye pas, a une volonté ferme d'acquérir notre nationalité ; l'acceptation du service militaire est la preuve d'un patriotisme déjà conscient de son devoir.

Cette innovation est l'œuvre du Sénat. Elle a été faite brusquement par la commission dans l'intervalle de la première à la deuxième délibération de la proposition de loi sur la nationalité, puis elle a été adoptée par la Chambre des Députés comme une vérité omise. Il nous faut, à ce sujet, étudier les travaux préparatoires, afin de nous éclairer sur la portée de ce texte, et combattre une idée acceptée par quelques auteurs, qui prétendent que la disposition dont il s'agit ne s'applique pas aux étrangers nés et résidant en France à leur majorité ².

1. Alauzet, *De la qualité de Français*, p. 13. — Cass., 27 janv. 1869 (S. 69, 1, 129). — *Sic* : Amiens, 24 nov. 1868 (D. 68, 2, 240).

2. En notre sens : Cogordan, p. 97 ; Vincent, n° III. — *Contra* : Weiss, p. 117 et suiv. ; Douai, 9 juillet 1890 ; *Revue pratique de droit int. privé*, 91-94, 1, p. 39.

Lors de la première délibération sur la proposition de loi sur la nationalité, l'alinéa 3 de l'article 9 était ainsi conçu : « Le bénéfice de cette disposition (art. 9) pourra être accordé à l'étranger, quel que soit son âge, s'il a servi dans les armées de terre et de mer, et à celui qui aurait satisfait à la loi du recrutement sans exciper de son extranéité. »

M. de Gavardie s'éleva contre ce paragraphe : « Croyez-vous, dit-il, qu'on ne puisse, sans inconvénients, accorder la qualité si haute de Français à un étranger parce qu'il aura servi dans les armées de terre et de mer ? Nous avons une légion étrangère ; eh bien ! est-ce que, par le seul fait des services rendus dans cette légion, les militaires qui en ont fait partie deviennent Français ? On se garderait bien de l'admettre. Mais ce n'est pas seulement celui qui aura rendu des services dans les armées de terre et de mer qui sera naturalisé, mais celui qui aura satisfait, satisfaction purement idéale, à la loi de recrutement qui aura ainsi acquis un titre à cette haute dignité de Français....¹ »

Mais le rapporteur, M. Batbie, fit observer à M. de Gavardie qu'il se trompait, et que le dernier paragraphe n'était que la reproduction de la loi du 22 mars 1849, qui a été faite pour

1: Sénat, Déb. Parlem., année 1886, p. 1198.

compléter l'article 9 du Code civil : « Celui qui a servi dans les armées de terre ou de mer et qui, porté sur les tableaux de recrutement, n'a pas excipé de son extranéité, disait M. Batbie, n'est pas Français de plein droit ; il faut qu'il réclame toujours la qualité de Français, seulement on ne l'astreint pas à demander la qualité de Français dans l'année de sa majorité..... Voilà le seul avantage qui résulte de la loi de 1849, et je n'hésite pas à dire que cette addition à l'article 9 est très équitable. »

Ainsi, la réponse du rapporteur est bien nette : il ne s'agit que de la reproduction de la loi de 1849, et la mesure est générale et s'applique à tous les étrangers nés en France qui ont rempli les conditions voulues par cette loi.

Lors de la deuxième délibération sur la proposition de loi relative à la nationalité, à la suite de vives critiques, « qui n'étaient pas toujours d'une courtoisie parfaite », la commission présenta un nouveau texte sur la nationalité, dont l'article 9 § 3 était ainsi conçu : « Tout individu né en France de parents étrangers devient Français, si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend part aux opérations du recrutement sans opposer son extranéité. »

La nouvelle rédaction fut adoptée par le Sénat sans discussion. Elle ne distingue pas entre les étrangers domiciliés en France ou à l'é-

tranger à leur majorité : comme à la première délibération, il y a là une mesure absolument générale. La Chambre des députés n'apporta au texte du Sénat aucune modification.

Lorsque la proposition de loi sur la nationalité, modifiée par la Chambre des députés, revint devant le Sénat, la commission proposa d'apporter un léger changement à la modification de l'article 9 § 3 : « Ce paragraphe, disait M. Delsol, vise, comme les deux premiers, l'individu né en France d'un étranger et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité ; mais il suppose qu'au lieu de faire sa soumission, de fixer en France son domicile, il prend part aux opérations du recrutement sans opposer son extranéité... La commission, pour bien marquer qu'il s'agit toujours de l'individu né en France d'un étranger et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité, vous propose de dire simplement : Il devient Français..... etc. ¹ »

Ce texte, voté par le Sénat, fut approuvé par la Chambre, après les observations de M. Antonin Proust, qui fit remarquer que le Sénat avait modifié l'article pour bien montrer qu'il s'agissait toujours d'un individu né en France et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité ².

1. Rapport de M. Delsol, séance du 3 juin 1889. Annexes du Sénat n° 160, p. 234.

2. Rapport de M. Antonin Proust, séance du 15 Juin 1889. Annexes de la Chambre, n° 3802, p. 1214.

S'appuyant sur les affirmations, qui, dit-on, sont très catégoriques, des rapporteurs de la loi sur la nationalité, soit à la Chambre, soit au Sénat, des auteurs en ont tiré cette conclusion que l'option tacite résultant de la participation au tirage au sort, est réservée à l'enfant né en France d'un père étranger et n'y ayant pas son domicile lors de sa majorité: c'est, croyons-nous, méconnaître absolument l'esprit des travaux préparatoires.

Que trouve-t-on, en effet, dans les travaux préparatoires? Une innovation de la part du Sénat, tout à fait générale, visant à la fois les étrangers domiciliés en France ou à l'étranger après leur majorité, puis une déclaration des rapporteurs visant les étrangers résidant hors de France. Mais cette déclaration se comprend très bien sans être une interprétation restrictive. Sans la modification demandée par les rapporteurs des deux Chambres, on aurait pu faire des difficultés pour reconnaître comme Français l'étranger qui n'est pas domicilié en France, et qui n'a pas excipé de son extranéité lorsqu'il a été porté sur les listes du recrutement: le législateur a préféré s'expliquer clairement sur le cas de ces individus.

La raison seule dit qu'en présence de notre législation, on doit déclarer Français quiconque, né en France, participe volontairement aux opé-

ractions du recrutement. Parmi les enfants nés sur le sol français de parents étrangers, la loi du 26 juin 1889 fait une place à part à ceux qui sont domiciliés en France au moment où ils deviennent majeurs. En ce qui concerne l'acquisition de notre nationalité, elle les traite plus favorablement que les non-domiciliés; elle considère que des liens plus étroits les unissent à notre pays. Dès lors, si, en vertu de l'art. 9 § 3, l'accomplissement du service militaire est considéré comme une option en faveur de la qualité de Français par des étrangers nés en France et qui n'y ont pas leur domicile, à plus forte raison doit-il en être de même à l'égard de ceux qui sont domiciliés sur notre territoire.

Avant d'accuser le législateur d'avoir donné une solution qui choque l'équité et le bon sens, il faut se référer à tous les textes de la matière. Or, la nouvelle disposition de l'art. 9 § 3 se comprend, si on la rapproche de l'art. 11 § 2 de la loi militaire, qui ne fait pas de distinction entre les individus domiciliés en France ou à l'étranger. Ces deux textes se complètent l'un l'autre.

Tout en ayant une portée plus générale, l'art. 9 § 3 déclare donc Français l'étranger né en France qui réside à l'étranger à sa majorité, s'il prend part aux opérations du recrutement. Pour l'application de cet article, il importe que l'intéressé ait pris part personnellement aux

opérations du recrutement et du tirage au sort. Par conséquent, si un parent ou le maire de la commune a tiré au sort pour le compte d'un de ces individus, conformément à l'art. 16 de la loi du 15 juillet 1889, cette opération n'a aucune importance quant à sa nationalité.

D'autre part, l'individu né en France d'un père étranger et qui n'est pas domicilié en France à sa majorité, n'a, pour exciper de son extranéité, qu'à justifier qu'il n'est pas sujet français : il n'a pas à fournir les pièces prescrites par l'article 8-4° ; car l'individu de l'art. 8-4° est Français jusqu'à preuve contraire ; l'individu de l'art. 9 est étranger, il peut devenir Français.

Dans ces différents cas, l'étranger né sur le sol français et domicilié à l'étranger à sa majorité, sera-t-il, même après s'être fait rayer du tableau, admis à réclamer la nationalité française par application de l'art 9 § 1 du C. civ., s'il est encore dans les délais voulus pour formuler une option expresse ? La même question se pose à propos de la renonciation à la qualité de Français faite dans les termes de l'art. 8-4° du Code civil, et comporte la même solution.

L'option en la qualité d'étranger faite d'après l'art. 8-4°, comme le rejet de la qualité de Français offerte aux termes de l'art. 9-3° doivent être irrévocables. Sous l'empire des lois de 1851 et de 1874, la jurisprudence déclarait l'option

irrévocable, et refusait à celui qui avait réclamé la nationalité étrangère le droit d'invoquer le bénéfice de l'art. 9 du Code civil ou la loi du 22 mars 1849¹. L'art. 11 *in fine* de la loi militaire est formel : « S'ils (les enfants d'étrangers nés en France) se font rayer, ils seront immédiatement déchus du bénéfice de l'art. 9 du Code civil. Cette solution est juste et morale. Si désireuse que soit la France de multiplier le nombre de ses habitants, elle ne peut, sans abdiquer sa dignité, recevoir au nombre de ses nationaux des individus qui préfèrent la qualité d'étrangers, puis se ravisent pour réclamer celle de Français. Permettre aux jeunes gens de l'article 8-4° ou de l'article 9-3° qui sont nés en France, qui ont été inscrits sur les listes de recrutement, de se faire rayer pour se placer sous l'article 9-1°, c'est favoriser les calculs les plus détestables, afin d'éviter en partie ou en totalité le service militaire, qui est le corollaire de la nationalité².

1. Tribunal de Lille, 18 mai 1872 (sir. 72. 2. 114). Tribunal de Montdidier, 21 fév. 1884, et Amiens, 8 mai 1884 (Le Droit du 12 sept. 1884).

2. En ce sens : Vincent, n° 48 ; Geouffre de Lapradelle, p. 279 et suiv.

Contra : Weiss, p. 123 et 189.

III. — Français par naturalisation

§ 1^{er}

ÉTRANGER DIRECTEMENT BÉNÉFICIAIRE DE LA NATURALISATION

La nouvelle loi sur la nationalité, dont le but est de recruter le plus possible de Français adoptifs, déclare Français les étrangers naturalisés (Code civil, art. 8-5°), et fait de la naturalisation un mode normal d'accroître la population.

En décidant que l'étranger naturalisé devait jouir de tous les droits civils des Français d'origine (loi du 26 juin 1889, art. 3), le législateur a cru qu'il était juste de les soumettre aux mêmes charges qui pèsent sur ceux-ci, notamment au service militaire.

L'art. 12 de la loi du 15 juillet 1889 astreint au recrutement les individus devenus Français par voie de naturalisation. Ils sont portés sur les tableaux de recensement de la première classe formée après leur changement de nationalité, et ne sont assujétis qu'aux obligations de la classe à laquelle ils appartiennent par leur âge.

Si grandes que soient les raisons qui militent en faveur de cette solution, il n'en est pas moins vrai que cette disposition consacre une innovation.

Avant 1889, le naturalisé possédait autant de droits que le national — nous omettons volontairement l'impossibilité hypothétique, au cas où il aurait été prêtre, d'arriver à l'épiscopat — mais il échappait à l'une de ses obligations les plus importantes.

En effet, aux termes de l'art. 7 de la loi du 27 juillet 1872, nul ne pouvait être admis dans les troupes françaises, s'il n'était Français. D'un autre côté, l'obligation au service militaire résultait de l'inscription sur les tableaux de recensement ; or, ces tableaux ne comprenaient que les jeunes gens ayant atteint l'âge de 20 ans révolus dans l'année précédente. (Art. 9 de la loi.) Comme nul ne peut se faire naturaliser avant l'âge de 21 ans, il en résultait que les naturalisés n'étaient jamais inscrits sur les tableaux de recensement et, partant, jamais astreints au service militaire. Cela résultait implicitement de la loi du 27 juillet 1872, qui était restée muette sur leurs devoirs militaires. Cette interprétation strictement juridique de la loi sur le recrutement était la seule admissible : c'était aussi celle de l'administration militaire. Dans une instruction du 23 décembre 1876, le préfet de la Seine rappelait aux maires la jurisprudence adoptée par le Ministre de la guerre, qui, tout en reconnaissant le privilège exorbitant accordé aux étrangers naturalisés, commandait

d'appliquer littéralement les dispositions de droit strict de la loi sur le recrutement, sans les étendre par voie d'interprétation. En conséquence, le préfet de la Seine prescrivait de ne pas inscrire sur les tableaux de recensement les étrangers devenus Français en dehors des moyens prévus à l'art. 9 de la loi du 27 juillet 1872, alors même que ces étrangers réclameraient eux-mêmes leur inscription¹.

Cette dernière observation était peut être exagérée. Les naturalisés qui demandaient leur inscription sur les tableaux de recensement y étaient inscrits en pratique, et on laissait au conseil de révision le soin de les rayer, s'il le jugeait convenable. Une instruction du 26 novembre 1888 leur permit de se faire inscrire sur les tableaux de recensement moyennant une demande expresse.

L'inégalité criante qui résultait de cet état de choses a pris fin. L'article 12 de la loi du recrutement, qui prévoit et règle la condition du naturalisé au point de vue militaire, a été rédigé par la commission du Sénat.

Lors de la discussion au Sénat, M. Léon Clément demanda des explications à la commission relativement à l'application de cet article. Il fit remarquer que les tableaux de

¹ 1. *Journ. droit int. priv.* 1888, p. 376.

recensement ne concernaient que les jeunes gens appelés à faire normalement leur service militaire, mais qu'ils ne s'occupaient pas des individus visés par l'article 12, qui devraient faire partie de la réserve de l'armée active ou de l'armée territoriale. Sans répondre à cette objection, on se contenta de lui donner simplement la signification de l'article, qui veut dire que, quand un individu qui a atteint l'âge de 25 ans se fait naturaliser 5 ans après l'époque où a été dressé le tableau de recensement de la classe à laquelle il devrait appartenir par son âge, il est inscrit sur le tableau de recensement dressé postérieurement à l'époque de sa naturalisation, et il n'est assujéti qu'aux obligations de la classe qui a tiré 5 ans auparavant¹.

Il résulte de ces dispositions que, malgré le principe admis, le naturalisé ne sera jamais sur un pied d'égalité avec le Français à ce point de vue. Il ne peut former sa demande qu'après avoir atteint sa majorité; et, à supposer même les conditions de stage complètement remplies à cette époque, il n'aura pas à remplir dans son intégralité le service militaire dans l'armée active. Il faut bien admettre aussi que, la plupart du temps, l'étranger retardera sa demande

1. Sénat, 1889. Déb. Parlem., p. 532.

de quelques années, en vue précisément d'éviter cette charge : c'est le fait qu'établissent les chiffres officiels sur l'application de la loi sur la nationalité. En 1889¹, on comptait, sur 2,524 hommes, 89 naturalisés au-dessous de 25 ans, soit 3 1/2 % environ ; en 1890², 244 sur 4,796, soit 5 % ; en 1891³, 366 sur 4,378, soit 8 %. En 1892, si l'on considère les hommes naturalisés au point de vue de l'âge, on peut faire les constatations suivantes :

Moins de 25 ans.	280 ou 7 %.
De 25 ans à 30 ans.	625 ou 17 %.
De 30 à 35 ans	822 ou 25 %.
De 35 à 40 ans	529 ou 17 %.
Plus de 40 ans	1.135 ou 37 %.

Ainsi, dans l'immense majorité des cas, toute l'obligation du naturalisé se bornera à quelques périodes d'exercices dans la réserve ou dans l'armée territoriale. Mais, bien évidemment, c'était la seule solution acceptable pour ne pas éloigner de la naturalisation bien des étrangers.

Les étrangers naturalisés avant le 15 juillet 1889 ne sont pas astreints aux obligations militaires. Cette solution se dégage de l'article 9-3° de la nouvelle loi sur le recrutement : « La

1. Rapport sur l'application de la loi sur la nationalité. Journ. Off., 15 mars 1890.

2. Journ. Off., 11 mars 1891.

3. Journ. Off., 20 fév. 1892.

présente loi est applicable aux hommes appelés en vertu des lois antérieures, libérés ou non du service militaire, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 45 ans. » La disposition rétroactive de la loi du 15 juillet 1889 ne vise donc que les individus appelés en vertu des lois antérieures. Or, les individus naturalisés n'étaient point appelés par la loi de 1872.

§ 2

ENFANTS DE L'ÉTRANGER NATURALISÉ

La loi du 27 juillet 1872 n'avait point observé, pour les enfants mineurs de l'étranger naturalisé, le même laconisme que pour ce dernier.

Elle avait décidé que ces jeunes gens, qui avaient été assimilés à l'individu né sur le sol français d'un père étranger (loi du 7 fév. 1851), concourraient dans les cantons où ils étaient domiciliés au tirage qui suivrait leur déclaration d'option. (Art. 9.) Mais, l'enfant majeur de l'étranger naturalisé, qui lui-même avait réclamé la qualité de Français dans l'année de la naturalisation de son père, était demeuré en dehors de ses prévisions. Comme il n'était pas compris dans les exceptions limitatives de la loi de 1872, on ne pouvait lui en appliquer les dispositions.

La loi du 14 février 1882 permit bien à l'en-

fant mineur de l'étranger naturalisé Français d'opter, pendant sa minorité, pour notre nationalité avec l'assistance de son représentant légal, afin de pouvoir s'engager dans les armées françaises, de contracter l'engagement conditionnel d'un an ou d'entrer dans les écoles spéciales ; mais cette loi, qui était une loi de faveur pour ceux qui voulaient et pouvaient en profiter, ne changeait rien à la condition des mineurs de l'étranger naturalisé, qui attendaient leur majorité pour faire l'option exigée par la loi de 1851. Elle était muette également à l'égard des enfants majeurs de l'étranger naturalisé.

La loi du 26 juin 1889 vint apporter des changements profonds à la situation des enfants mineurs et majeurs du naturalisé, en étendant le bénéfice du changement de patrie obtenu par leurs auteurs. La loi du 15 juillet 1889, d'un autre côté, vint modifier et compléter la législation sur le service militaire auquel ils étaient soumis.

L'art. 12 § 3 de la loi du 26 juin 1889 est ainsi conçu : « Deviennent Français les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivante qui se fait naturaliser Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'art. 8 § 4.

L'art. 12 § 2 déclare que «... les enfants majeurs de l'étranger naturalisé pourront, s'ils le

demandent, obtenir la qualité de Français sans condition de stage, soit par le décret qui confère cette qualité au père ou à la mère, soit comme conséquence de la déclaration qu'ils feront dans les termes et sous les conditions de l'art. 9. »

D'un autre côté, la loi militaire du 15 juin 1889 alin. 3 traite, de la même façon que les individus nés en France d'étrangers et résidant en France les jeunes gens résidant en France qui sont nés en pays étranger d'un étranger qui, depuis lors, a été naturalisé Français, si ces jeunes gens étaient mineurs lorsque leurs parents ont acquis la nationalité française. Quant aux individus devenus Français par voie de naturalisation ou déclaration faite conformément aux lois, ils sont portés sur les tableaux de recensement de la première classe formée après leur changement de nationalité, et ne sont assujétis qu'aux obligations de service de la classe à laquelle ils appartiennent par leur âge. (Loi du 15 juillet 1889, art. 12.)

Telle est la législation actuellement en vigueur que nous nous proposons d'étudier.

Et d'abord quelle est la condition des enfants mineurs de l'étranger naturalisé, au point de vue du service militaire ?

Les jeunes gens dont nous nous occupons deviennent de plein droit Français au jour de la naturalisation de leur père. Toutefois, ils peuvent

répudier notre nationalité dans l'année qui suit leur majorité, en se conformant aux dispositions de l'art. 8-4°. Comme pour les individus nés en France d'un père étranger et domiciliés sur notre territoire à l'époque de leur majorité, on comprend que le moment du tirage soit différé pour eux jusqu'à ce qu'ils aient pu désigner la patrie à laquelle ils entendent appartenir d'une manière définitive ; mais, ici encore, nous rencontrerons le même conflit que nous avons déjà signalé entre l'art. 8-4° du Code civil et l'article 11 § 2 de la loi militaire. Si on fait prévaloir la loi militaire, le délai d'un an accordé pour l'option se trouve réduit pour les enfants mineurs du sexe masculin de l'étranger naturalisé, seules les femmes en bénéficient intégralement ; si on fait prévaloir la loi sur la nationalité, on risque de retarder encore d'une année l'accomplissement des obligations militaires, dont la durée est déjà abrégée. Se peut-il que le délai d'option des enfants de naturalisés soit abrégé par la participation aux opérations du recrutement ? Existe-t-il, dans la loi du 15 juillet 1889, un procédé de mise en demeure de l'exercer avant l'échéance de son terme ?

La loi du 15 juillet 1889, a-t-on dit, ¹ porte

1. Vincent, *De la condition des mineurs dont les parents acquièrent ou recouvrent la qualité de Français*. Le Droit, 12 fév. 1891.

que les enfants du naturalisé sont inscrits sur les tableaux de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité, et la loi ajoute que, faute par eux de réclamer contre leur inscription, le tirage au sort équivaldra à la déclaration prévue par l'art. 9 du Code civil. Cette disposition se comprenait en présence de la législation antérieure à la loi du 26 juin 1889, puisque les enfants du naturalisé pouvaient, à leur majorité, réclamer la qualité de Français en vertu de l'article 9; elle ne se comprend plus à l'égard d'enfants qui sont Français de plein droit.

Que devons-nous penser de cette argumentation pour rejeter l'application de l'art. 11 de la loi militaire?

Qu'on soit conduit, au nom de certains principes respectables à ne faire faire que deux ans de service militaire, aux fils d'étrangers naturalisés, c'est déjà beaucoup; mais qu'on les appelle un an seulement sous les drapeaux, c'est un privilège exorbitant, au préjudice de ceux qui sont et ont toujours été Français. L'art. 11, malgré sa rédaction vieillie, doit conserver tout son empire. Les observations présentées à propos des étrangers nés en France et domiciliés sur notre sol à leur majorité, conservent toute leur force et acquièrent même une puissance nouvelle: car le fils mineur de l'étranger naturalisé devient Français par la natu-

ralisation de son père, sauf la faculté de répudiation à sa majorité. Il faut donc appliquer la loi, bien qu'on puisse reprocher au législateur de n'avoir pas tenu compte suffisamment de la volonté de l'enfant mineur du naturalisé, sous prétexte d'augmenter le nombre des Français. Les systèmes plus radicaux adoptés primitivement par le Sénat et la Chambre des députés sur la condition de l'enfant mineur de l'étranger naturalisé, ne laissaient du moins planer aucune équivoque sur les charges qui découlaient de la qualité de Français. Le texte voté d'abord par le Sénat portait que les enfants dont il s'agit pourraient être naturalisés, sans condition spéciale, par le même décret que leur père, sur la demande formée, soit par ce dernier, soit par le tuteur avec l'approbation du conseil de famille. La Chambre des députés substitua à cette disposition le texte suivant : « Deviennent Français les enfants mineurs d'un père ou d'une mère survivante qui se fait naturaliser Français. Le recrutement de ces individus, devenus Français sans aucune manifestation de leur volonté, n'eût soulevé aucune difficulté : inscrits sur les tableaux de recensement à 20 ans, ils auraient fait intégralement leur service militaire.

Devant le texte et l'esprit de la loi, l'administration de la guerre a décidé, avec raison, que les enfants mineurs de l'étranger naturalisé seraient

régis par l'art. 11 de la loi militaire, et elle a prescrit d'opérer d'office leur inscription sur les tableaux de recensement, sans attendre qu'ils aient accompli leur vingt-deuxième année. (Instruction du 4 décembre 1889 ¹.)

Si, malgré les termes de l'instruction du 4 décembre 1889, on applique à un fils de naturalisé le droit commun, c'est-à-dire l'art. 10 de la loi du 15 juillet 1889, qui constitue la classe de recrutement de chaque année au moyen de jeunes gens ayant atteint l'âge de vingt ans avant le 1^{er} janvier, il est certain que l'intéressé pourra faire opérer sa radiation sans qu'on puisse exiger de lui une déclaration d'extranéité. Mais, s'il ne réclame pas, s'il participe au tirage au sort, sera-t-il déchu du droit d'opter dans l'année de sa majorité ?

On sait que certains auteurs estiment que l'option tacite résultant de la participation au tirage au sort doit être réservée à l'enfant né en France d'un père étranger, et n'y ayant pas son domicile lors de la majorité; mais, si l'étranger devient Français par la participation aux opérations du

¹ L'art 11 de la loi de recrutement ne parle que des mineurs nés à l'étranger d'un étranger qui a acquis la qualité de Français. Mais la règle à appliquer est la même, si la naissance a eu lieu en France; car la loi sur la nationalité ne fait pas de distinction. Les enfants mineurs du naturalisé doivent le service militaire, même s'ils résident à l'étranger à leur majorité, parce que, pour eux, la qualité de Français résulte de la filiation et non de la naissance sur le sol et de l'habitation.

recrutement, il doit en être de même, à plus forte raison, de celui qui est déjà Français¹. Comment ! la participation aux opérations du recrutement vaudrait option pour notre nationalité de la part d'un étranger né en France et non domicilié dans notre pays à sa majorité (C. civ., art. 9 § 3), et de la part d'un individu qui devient Français par la naturalisation de son père, sans pouvoir s'y opposer avant l'âge de 21 ans, elle ne vaudrait rien ! Vraiment ce ne serait pas là favoriser l'acquisition de la qualité de Français ; ce serait plutôt, comme on l'a dit, transformer par une métamorphose inexplicable, un élément de rapprochement en une source d'isolement. Le législateur assimile à la déclaration en vue d'obtenir la nationalité française la soumission aux opérations du recrutement. Aux termes de l'art. 11 du décret du 13 août 1889,² l'enfant mineur de l'étranger naturalisé peut renoncer à la faculté de décliner à sa majorité la qualité de Français ; l'option anticipée est donc possible avant la majorité. Il est bien difficile d'admettre qu'il y a là un empiétement du pouvoir exécutif sur le domaine du législateur, en présence de l'article 5 de la loi du 26 juin 1889 : Pour l'exécution de

1. En ce sens : Cogordan, p. 98 ; Le Sueur et Dreyfus, p. 246 ; Despagne
Le Droit, du 19 octobre 1889 ; Audinet. *Revue Critique*, 1889, p. 166.

2. V. aussi circulaire ministérielle du 23 août 1889.

la présente loi, un règlement d'administration publique déterminera.... 2° les formalités à remplir et les justifications à faire relativement à la naturalisation ordinaire et à la naturalisation de faveur dans les cas prévus par les articles 9 et 10 du Code civil, ainsi qu'à la renonciation de la qualité de Français. » L'exercice de la faculté d'option n'est plus restreint au cas d'entrée dans l'armée ou dans les écoles comme sous l'empire de la loi de 1874; elle est accordée sans indication d'hypothèse spéciale, ce qui est critiquable¹.

Il nous reste à étudier la condition des enfants majeurs de l'étranger naturalisé, au point de vue du service militaire.

Les enfants majeurs de l'étranger naturalisé, qui, avant la loi du 26 juin 1889, pouvaient, dans l'année qui suivait la naturalisation, réclamer la qualité de Français conformément à l'art. 9 du Code civil (loi du 7 février 1851), ont maintenant deux moyens pour obtenir le droit de cité parmi nous. (Code civil nouveau, art. 12 § 2.)

D'abord, ils peuvent être naturalisés par le même décret que leur père ou leur mère, sans qu'ils aient à justifier d'aucune condition de stage ou de domicile sur le sol français.

1. En ce sens, Rabany, *Loi sur le recrutement*, n° 199.

Contra: Weiss., p. 172 et suiv. Despagnet, *Le Droit* du 19 octobre 1889.

Ils peuvent également réclamer la qualité de Français comme conséquence de la déclaration qu'ils font dans les termes et sous les conditions de l'article 9.

L'enfant qui se prévaut, dans ce cas, de l'article 12 du Code civil ne doit pas avoir dépassé l'âge de 22 ans. Les termes de la loi sont très nets; ils sont d'ailleurs appuyés par les travaux préparatoires. Le rapporteur, M. Dubost, disait à la Chambre : « Votre commission vous propose de rendre l'article 9 applicable aux enfants majeurs qui seraient encore dans les délais pour réclamer la qualité de Français¹.

Selon M. Cottendy², le législateur a voulu, par cette disposition, favoriser les jeunes gens qui, en devenant Français, seraient aussitôt soumis aux mêmes charges que les nationaux, et notamment au service militaire. Mais on ne concevrait plus que ce droit leur fût accordé après 22 ans, c'est-à-dire à un âge où ils profiteraient de tous les avantages de la loi française sans avoir à en supporter les charges.

C'est, croyons-nous, aller trop loin que de justifier l'application de l'art. 9 par l'obligation des charges de la nationalité. Nous avons déjà établi que les individus visés par l'article 9 peuvent faire leur soumission de fixer leur

1. Rapport du 7 nov. 1887. J. off., p. 236.

2. Cottendy, Droit, 3 nov. 1889.

domicile en France jusqu'à l'âge de 22 ans accomplis, et ne réclamer la nationalité française que dans leur 23^e année, c'est-à-dire à une époque où une partie du service militaire actif est accomplie. Le législateur de 1889 offre une prime à ceux qui veulent acquérir notre nationalité, en les dégageant du plus lourd des impôts.

Les enfants majeurs de l'étranger naturalisé qui deviennent Français par l'un des modes prévus par le deuxième alinéa de l'article 12 du Code civil, jouissant pour l'avenir de tous les droits civils et politiques, devraient en effet supporter les charges imposées à nos nationaux. Mais, en ce qui concerne le service militaire, il faut leur appliquer l'article 12 de la loi du 15 juillet 1889, qui astreint au service militaire avec les hommes de la classe à laquelle ils appartiennent par leur âge, non seulement les étrangers qu'une naturalisation a rendus Français, mais encore ceux qui ont atteint cette qualité par l'effet d'une déclaration opérée conformément aux lois. Cette disposition vise évidemment l'individu majeur lors de la naturalisation accordée à son père ou à sa mère par le gouvernement français, et qui aurait lui-même réclamé le droit de cité. (C. civ., art. 12.)

IV. — Français par réintégration

§ 1^{er}

ÉTRANGER DIRECTEMENT BÉNÉFICIAIRE DE LA RÉINTÉGRATION DANS LA QUALITÉ DE FRANÇAIS

La loi du 26 juin 1889, qui facilite exceptionnellement à ceux qui ont perdu la qualité de Français le moyen de la recouvrer, prévoit trois cas de réintégration dans cette qualité :

- 1^o Celui du Français qui a perdu cette qualité pour toute autre cause que l'acceptation du service militaire à l'étranger sans autorisation;
- 2^o Celui de la femme française ayant perdu sa nationalité par son mariage avec un étranger;
- 3^o Celui du Français qui a pris du service militaire à l'étranger.

a). — Aux termes de l'article 18 du Code civil, le Français qui a perdu sa qualité de Français peut la recouvrer, pourvu qu'il réside en France, en obtenant sa réintégration par décret.

L'ancien Français qui recouvre la nationalité française ne redevient Français que pour l'avenir : la réintégration n'efface pas le passé pendant lequel il a été étranger. Aussi, comme les individus devenus Français par voie de natura-

lisation ou déclaration faite conformément aux lois, ils ne sont portés que sur les tableaux de recensement de la première classe formée après leur changement de nationalité, et ils ne sont assujétis qu'aux obligations du service de la classe à laquelle ils appartiennent par leur âge. (Loi du 15 juillet 1889, art. 12.)

Les individus qui recouvrent la nationalité française sont presque tous des Alsaciens-Lorrains, qui ne craignent pas de faire leur service militaire en France. Sur 579 hommes, en effet, qui ont obtenu la réintégration en 1892, 577 étaient des Alsaciens-Lorrains. Quant à l'âge, on comptait 4 réintégrés de moins de 21 ans, 153 de 21 à 25 ans, 110 de 25 à 30 ans, 88 de 30 à 35 ans, 40 de 35 à 40 ans, 184 de plus de 40 ans¹.

La réintégration dans la qualité de Français a soulevé des difficultés pour les Alsaciens-Lorrains avant la loi du 26 juin 1889. L'art. 18 ancien du Code civil, disait-on, ne s'est jamais, dans la pensée de ses rédacteurs, rapporté à la perte de la nationalité résultant d'un démembrement du territoire ; de plus, cet article ne peut faire double emploi avec l'option. Ces deux objections étaient peu sérieuses. Il serait absurde, en effet, de traiter plus favorablement un Fran-

1. Rapport du directeur des affaires civiles au ministère de la justice sur l'application de la loi du 26 juin 1889. *Revue de Droit administratif*, 1893, p. 474.

çais qui a volontairement abdiqué sa patrie que celui qui est devenu étranger par le fait de circonstances malheureuses et indépendantes de sa volonté. Aussi le Gouvernement français décida-t-il de faire bénéficier les Alsaciens-Lorrains de l'art. 18 du Code civil ¹. Mais il fut décidé qu'il ne serait donné aucune suite aux demandes de réintégration formées par les Alsaciens-Lorrains nés après le 1^{er} janvier 1851, à moins qu'ils ne pussent justifier d'un service dans les armées françaises, ou qu'ils ne présentassent un permis d'émigration.

D'ailleurs, les difficultés soulevées sur l'application de l'art. 18 ancien du Code civil aux Alsaciens-Lorrains, a cessé par la nouvelle rédaction de cet article, qui vise d'une façon générale la famille de celui qui a perdu la qualité de Français et qui la recouvre, sans spécifier la cause pour laquelle il avait perdu cette qualité.

Bien que le Français qui obtient la réintégration doive, en principe, être soumis au service militaire de la classe à laquelle il appartient, néanmoins il doit être simplement signalé à l'autorité militaire pour suivre le sort de sa classe dans la réserve ou dans l'armée territoriale, s'il a précédemment accompli ses obliga-

1. V. notamment la circulaire adressée par le préfet d'Alger aux maires de son département (27 avril 1874), pour les charger de recevoir les demandes et de les transmettre à l'autorité compétente.

tions de service actif. C'est ainsi qu'un Alsacien-Lorrain, né en 1862, qui avait servi pendant 5 ans comme engagé volontaire dans la légion étrangère, avait été réintégré dans la qualité de Français en 1884, et s'était fait inscrire sur le tableau de recensement en 1885, obtint du Ministre de la guerre d'être annoté sur le registre matricule du conseil de révision comme ayant satisfait par avance au service d'activité.

b). — Nous ne citerons le second cas de réintégration que pour mémoire, puisqu'il ne saurait recevoir d'application directe au point de vue du recrutement.

La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari, à moins que son mariage ne lui confère pas la nationalité de son mari, auquel cas elle reste Française. Si son mariage est dissous par la mort de son mari ou le divorce, elle recouvre la qualité de Française avec l'autorisation du Gouvernement, pourvu qu'elle réside en France ou qu'elle y rentre en déclarant vouloir s'y fixer. (Code civil, art. 19, al. 1.)

Mais la réintégration de la mère peut réagir sur la nationalité de ses enfants mineurs. « Dans le cas où le mariage est dissous par la mort du mari, la qualité de Français peut être accordée par le même décret de réintégration aux enfants mineurs, sur la demande de la mère ou par un

décret ultérieur, si la demande est en faite par le tuteur avec l'approbation du conseil de famille. »

Devenus Français à partir du décret de réintégration et sans faculté de répudiation, les mineurs dont il s'agit sont soumis à toutes les obligations militaires; mais il n'en est ainsi que s'ils sont orphelins de père. Si le mariage était dissous par le divorce, les enfants mineurs garderaient la nationalité du père, nonobstant la réintégration de la mère dans la qualité de Française.

c) Le Français qui, sans autorisation du Gouvernement, prendrait du service militaire à l'étranger, ne pourrait rentrer en France qu'en vertu d'une permission accordée par décret et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées en France à l'étranger pour obtenir la naturalisation. (Code civil, art. 21.)

L'acceptation du service militaire à l'étranger sans l'autorisation du Gouvernement entraîne donc, outre des déchéances et des pénalités, l'obligation de se soumettre à la procédure de la naturalisation ordinaire: nous nous contenterons de renvoyer à nos explications antérieures.

§ 2

ENFANTS DE FRANÇAIS PAR RÉINTÉGRATION

La réintégration d'un Français crée à l'égard de ses enfants une situation de faveur au point de vue de la nationalité française, et une position spéciale à l'égard du recrutement.

La loi du 27 juillet 1872 ne s'occupait pas de l'enfant du Français qui avait recouvré sa nationalité première.

La loi du 28 juin 1883 permit aux enfants mineurs nés en France d'une femme française mariée avec un étranger, lorsqu'elle recouvre la qualité de Française, et aux orphelins de père et de mère nés en France d'une femme française mariée avec un étranger d'opter, dès avant leur majorité, pour la patrie française en vue d'être admis à contracter un engagement volontaire dans nos armées et d'obtenir l'accès des écoles du Gouvernement. Mais de là à prétendre qu'ils avaient le droit d'exiger leur inscription sur les tableaux de recrutement, il y avait un pas qu'on ne leur permettait pas de franchir. Le Ministre de la guerre, par une dépêche du 30 décembre 1886 adressée au préfet de la Seine, repoussa énergiquement cette prétention émise après la réintégration de leurs

parents par des jeunes gens originaires d'Alsace-Lorraine, devenus Allemands faute d'option. « En effet, dit le Ministre, comme il résulte des circulaires du 30 décembre 1882 et 3 juillet 1883, la loi du 14 février 1882 n'est applicable qu'aux jeunes gens mineurs qui se proposent de souscrire des engagements volontaires ; elle n'a nullement trait à l'inscription sur les tableaux de recensement et cette inscription ne peut, pour les Alsaciens-Lorrains majeurs, être effectuée qu'autant qu'ils ont été, soit réintégrés dans la qualité de Français, soit naturalisés. Dans ce cas même, ils ne doivent, en présence des dispositions de la loi du 27 juillet 1872, être portés sur les tableaux de recensement qu'à leur demande expresse. »

Depuis la loi du 26 juin 1889, aucune difficulté ne se présente plus pour les enfants majeurs de celui qui recouvre la qualité de Français. Ils peuvent demander que la qualité de Français leur soit accordée par le même décret qu'à leur mère (Code civil art. 18) ; et, dans ce cas, ils sont *ipso facto* astreints au service militaire de la classe à laquelle ils appartiennent par leur âge. (Loi du 15 juillet 1889, art. 12.)

Mais il n'en est pas de même pour les enfants mineurs. D'après l'art. 18 du Code civil, « les enfants mineurs du père ou de la mère réintégrés deviennent Français, à moins que, dans

l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'art. 8 § 4 ». De son côté, l'art. 11 *in fine* de la loi militaire les traite, au point de vue de leur service, comme les individus nés en France et résidant en France, et les fils mineurs de naturalisés.

La même controverse qui domine la matière se retrouve ici. La loi militaire, dans son article 11, s'occupe-t-elle des jeunes gens visés par l'art. 18 du Code civil ? Ou bien les dispositions qu'elle édicte à leur égard sont-elles inapplicables en raison même de l'erreur du législateur, qui n'a tenu aucun compte de la loi du 26 juin 1889 ?

Les travaux préparatoires nous montrent que la solution doit être la même que pour les enfants mineurs du naturalisé, et que le Code civil doit laisser le pas à la loi militaire qui retarde le droit d'option des intéressés.

Dans le premier projet, la réintégration s'étendait à la femme et aux enfants mineurs, sauf disposition contraire du décret de réintégration. Le Sénat pensa que la qualité de Français pourrait être accordée par le décret même de réintégration sans condition de stage aux enfants mineurs, si le tuteur en faisait la demande avec l'autorisation du conseil de famille. La Chambre décida que les enfants mineurs du père ou de

la mère réintégrés devenaient Français de plein droit; mais, lors du retour de la loi au Sénat, la rédaction actuelle fut adoptée sur les observations de M. Delsol. « Votre commission, disait-il à cet égard, renouvelle les observations qu'elle a déjà présentées, à propos de l'art. 12, sur la naturalisation des enfants mineurs, et elle vous propose la même disposition additionnelle pour sauvegarder le droit qu'ils ont de choisir définitivement leur nationalité. »

Comme les enfants mineurs du naturalisé, les enfants mineurs du réintégré, qui ont été sur le point d'être déclarés Français de plein droit, ne peuvent éluder une partie de leur service militaire, déjà ébréché, en rejetant les dispositions de l'art 11 de la loi militaire. De même que les premiers deviennent Français au moment de la naturalisation, les derniers acquièrent notre nationalité au moment de la réintégration. Et, si l'art. 11 s'applique aux étrangers nés en France et domiciliés dans notre pays à leur majorité, dont la nationalité dépend d'un fait inconnu qui peut ou non se réaliser, il y a là une considération nouvelle de décider qu'il doit en être ainsi.

Les enfants mineurs du réintégré, de même que les enfants mineurs du naturalisé ¹, doivent

1. Les controverses qui s'élèvent dans cette matière sont les mêmes que celles qui ont été traitées au point de vue de la naturalisation. (V. ce qui a été dit plus haut.)

donc être inscrits sur les tableaux de recensement, sans attendre qu'ils aient accompli leur vingt-deuxième année.

V. — Fils d'un Français qui a perdu cette qualité

Sous l'empire du Code civil, l'enfant né en pays étranger, d'un Français qui avait perdu la qualité de Français, pouvait toujours recouvrer cette qualité en remplissant les formalités prescrites par l'article 9. (Code civ., art. 10.) Le législateur de 1889, admettant une rédaction plus large, a décidé, dans le nouvel art. 10, que tout individu né en France ou à l'étranger, de parents dont l'un a perdu la qualité de Français, pourra réclamer cette qualité à tout âge, aux conditions fixées par l'article 9, à moins que, domicilié en France et appelé sous les drapeaux lors de sa majorité, il n'ait revendiqué la qualité d'étranger.

Le nouvel article 10 du Code civil contient une restriction qui ne figurait pas dans l'ancien texte : à moins que, domicilié en France et appelé sous les drapeaux, etc. Ces derniers mots, qui terminent l'article, ont fait naître une difficulté grave. Ils ont été ajoutés par la commission de la Chambre des députés pour enlever le droit de recouvrer la qualité de Français à tous les individus qui, au moment de l'appel sous les drapeaux, se seraient soustraits au service mi-

litaire en excipant du bénéfice de l'article 9¹; mais aucune explication ne nous a été donnée à cet égard.

Quelle est donc la situation, vis-à-vis de la loi militaire, de l'enfant de l'article 10?

L'enfant qui ne réclame pas le bénéfice de cette disposition est étranger, et ne peut être appelé en France sous les drapeaux. Si, pendant sa minorité, il acquiert la nationalité française, il sera, comme tous les fils de nationaux, porté sur les listes de recrutement dans l'année qui suivra ses vingt ans révolus; s'il demande la qualité de Français alors qu'il a atteint sa majorité, il devra être inscrit sur les tableaux de la première classe formée après son changement de patrie, et suivra le sort de la classe à laquelle il appartiendra.

Telle serait la solution commandée par les principes. Mais, que signifie la disposition ajoutée par la commission de la Chambre des députés, et quelle est l'hypothèse visée par cette disposition?

Malgré sa généralité, l'article 10 ne concerne les fils d'un ex-Français qui viennent au monde en France qu'à une double condition : il faut que leur père ne soit pas né dans notre pays, et qu'eux-mêmes n'y aient pas leur domicile

1. Rapport supplémentaire de M. Dubost du 28 février 1889.

ou leur résidence à la majorité. Si leur père est né lui-même en France, ils sont Français de plein droit (C. civ., art. 8-3°), et inscrits sur les listes de recrutement dans l'année qui suit leurs 20 ans révolus; s'ils sont domiciliés en France à leur majorité, ils sont Français, sauf répudiation, et inscrits sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité.

L'article 10 du Code civil ne concerne pas non plus l'enfant qui, né en France d'un ci-devant Français, a conservé son domicile hors de nos frontières; car ce texte déclare supposer le domicile en France.

Quant à l'enfant qui est né hors de France d'un étranger qui a été Français, il faut, pour qu'il soit inscrit d'office sur les listes de recrutement, que son père ait recouvré la qualité de Français, et qu'il soit mineur au moment de la réintégration. (Loi du 15 juillet 1889, art. 11.)

Reste l'hypothèse où un individu né hors de notre pays d'un ci-devant Français, a été porté sur les listes du recrutement par erreur et contrairement à la loi. Mais le décret réglementaire du 13 août 1889 et la circulaire du 23 août 1889 semblent exclure cette hypothèse. Le décret réglementaire du 13 août 1889 dispose, dans son article 10, « que l'individu né en France de parents dont l'un a perdu la

qualité de Français, et qui réclame cette qualité en vertu de l'article 10 du Code civil, doit établir quel était son domicile et celui de ses parents à l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française. De même, la circulaire du garde des sceaux du 23 août 1889 recommande de « veiller à ce que l'individu né en France de parents dont l'un a perdu la qualité de Français, et qui se réclame de l'article 10 du Code civil, établisse quel était son domicile et celui de ses parents à l'époque de sa majorité, afin de permettre de vérifier si, lors de sa majorité, il n'a pas revendiqué la qualité d'étranger pour échapper au service militaire ». De ces documents, il semble bien découler que la disposition finale du texte de l'article 10 se réfère uniquement à l'individu né en France d'un ex-Français.

En présence de ces textes contradictoires, la tâche de l'interprète est singulièrement difficile. Doit-on ne pas tenir compte de la disposition additionnelle de la Chambre des députés pour expliquer l'art. 10 du C. civ.¹ ?

C'est là un système empirique qui mutilé la loi pour l'expliquer.

En dehors de l'hypothèse prévue par le nouvel art. 8-4° du Code civil, tout individu né en France ou à l'étranger de parents dont l'un a perdu la

1. Weiss, p. 602.

qualité de Français, peut réclamer cette qualité à tout âge, aux conditions fixées par l'art. 9 : voilà la règle. Mais, si un individu né hors de notre pays, domicilié en France et appelé sous les drapeaux lors de sa majorité, revendique la qualité d'étranger, il sera déchu du bénéfice de l'art. 9, et ne pourra plus obtenir la qualité de Français que par décret : voilà la restriction. Si, au contraire, ce même individu prend part aux opérations du recrutement, et est appelé sous les drapeaux sans exciper de son extranéité, il est déclaré Français (Code civ., 9-3°).

Cela revient à créer une option tacite pour la nationalité française de la part de l'individu né à l'étranger d'un Français et qui, domicilié en France, à sa majorité se soumet à la loi militaire. Il n'y a rien d'étonnant à ce que le législateur, qui se montre si sévère pour le refus du service militaire, applique, à titre de peine, la déchéance du bénéfice de l'art. 9 à l'individu qui, étant domicilié sur notre sol et ayant du sang français dans les veines, excipe de son extranéité pour éviter les charges de la nationalité.

Les règles qui viennent d'être exposées s'appliquent-elles indifféremment à l'enfant dont le père avait acquis une nationalité étrangère au moment de sa naissance, et à l'enfant déjà né lors de la naturalisation paternelle ? En d'autres

termes, l'enfant dont le père est devenu étranger devra-t-il faire connaître, dans les termes de l'art. 10 du Code civil, sa volonté d'être Français, et son inscription sur les listes de recrutement sera-t-elle subordonnée au résultat de cette option ? Ou bien l'enfant dont le père a perdu la nationalité française demeure-t-il lui-même Français, et, comme tel, tenu de servir sous nos drapeaux à l'âge fixé par la loi et les règlements ?

Sous l'empire du Code et des lois qui l'ont complété, on admettait que la naturalisation était personnelle à celui qui l'obtenait et ne profitait qu'à lui seul. Si un étranger se faisait naturaliser Français, ses enfants conservaient leur nationalité intacte ; il leur était donné seulement des facilités pour devenir Français. De même, si un Français se faisait naturaliser à l'étranger, ses fils conservaient la nationalité française, et devaient, en conséquence, être appelés à satisfaire à la loi militaire avec les jeunes gens de leur âge.

Mais cette solution, que commandaient les principes avant la loi du 26 juin 1889, est-elle encore acceptable sous l'empire de cette loi ? La naturalisation est-elle individuelle, et ne profite-t-elle qu'à celui qui l'a obtenue ? Ou bien, au contraire, est-elle collective et s'étend-elle également à l'enfant du naturalisé ? Le législateur

de 1889 n'a pas pris parti entre les deux systèmes; il a cherché à les concilier.

Désormais, la perte de la nationalité étrangère par naturalisation du père en France produit, à l'égard des enfants mineurs, des effets collectifs.

Cela étant, faut-il, dans le silence des textes, déclarer que les effets que produit la perte de la nationalité française sont également changés?

Selon M. Cohendy, si la naturalisation d'un étranger en France est collective, il faut de toute nécessité admettre que la naturalisation d'un Français à l'étranger est également collective; car c'est la loi française, agissant dans la plénitude de sa souveraineté et au nom de l'ordre public, qui doit recevoir son application ¹.

Cette opinion est restée isolée; la doctrine qui rallie aujourd'hui tous les suffrages est que la perte de la nationalité française par naturalisation du père à l'étranger, est sans influence sur la nationalité de ses enfants mineurs. Cela résulte des travaux préparatoires de la loi et des explications données au Parlement par le rapporteur de la commission ². Les art. 12, 18 et 19 du Code civil constituent une dérogation au droit

1. Droit du 13 nov. 1889.

2. Séance du 6 juin 1889, Déb. Parlem., Sénat. M. Clément ayant demandé au rapporteur, M. Delsol, si le changement de nationalité de la mère entraînait la dénationalisation des enfants mineurs, celui-ci répondit négativement.

commun que le Sénat n'a consacrée qu'à grand peine, et qui doit être interprétée restrictive-ment.

Il est évident qu'il y a là un défaut de concordance entre les dispositions de la loi de 1889 : on ne s'explique pas que les enfants mineurs dont le père est naturalisé à l'étranger restent Français, tandis que ceux dont le père étranger est naturalisé en France deviennent Français¹. Le législateur de 1889 a voulu augmenter le plus possible le nombre des soldats ; il n'a pas voulu en perdre : voilà pourquoi l'enfant dont le père est devenu étranger demeure tenu de servir dans les rangs de l'armée française.

¹ Vincent, *Lois nouvelles* 1889, 1, p. 907 et suiv.; Cogordan, p. 249; Dreyfus et Lesueur, *France judiciaire*, 1889, 1, 323; Audinot, *Journ. de Droit int. priv.* 1889, p. 206.

CHAPITRE III

LES LOIS SUR LA NATIONALITÉ DANS LEUR RAPPORT AVEC LE RECRUTEMENT MILITAIRE DANS CERTAINES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

A. — Pays avec lesquels aucune convention officielle n'est intervenue pour résoudre les difficultés au sujet du service militaire.

SECTION PREMIÈRE

Allemagne

La législation allemande sur la nationalité, en ce qui concerne les rapports dans l'intérieur du pays, est d'une grande simplicité. Les enfants légitimes d'un Allemand suivent la nationalité de leur père, et les enfants nés hors mariage celle de leur mère, encore qu'ils soient nés en pays étranger, (Loi du 1^{er} juin 1870, art. 3). Les enfants nés d'étrangers sur le territoire de l'empire ne sont pas placés dans une situation différente de celle des enfants nés d'étrangers hors l'empire. La naissance sur le territoire ne fait acquérir la nationalité indigène ni irrévocablement, ni sous la réserve d'une faculté d'option pour la nationalité des parents après l'accomplissement de la majorité.

Il en résulte que les Français établis en Allemagne peuvent, eux et leur postérité, sans aucune limitation, se soustraire aux obligations militaires allemandes ¹.

Si, au contraire, un individu naît sur notre territoire de parents allemands qui eux-mêmes y sont nés, la loi française le déclare Français de plein droit, et l'assujétit à toutes les charges militaires de la nationalité française. Bien plus, si un individu né en France de parents allemands est domicilié dans notre pays à sa majorité, il est Français aux termes du Code civil, s'il n'opte pas pour la nationalité allemande dans l'année qui suit sa majorité. Et, si ce même individu est domicilié en Allemagne à sa majorité, il est encore Français, s'il prend part aux opérations du recrutement en France. Dans tous ces cas, l'individu dont il est question pourra être réclaté à la fois par les gouvernements allemand et français, qui invoqueront leurs lois sur la nationalité.

L'art. 11 de la loi allemande sur la nationalité admet que « la concession de la nationalité d'État s'étend, s'il n'est pas fait de dérogation,

1. Toutefois, la pratique administrative prussienne est moins large dans les circonscriptions frontières. Tout individu né dans ces circonscriptions de parents étrangers, dès qu'il a atteint l'âge du service militaire, est sommé de se présenter devant l'autorité de recrutement; s'il ne peut pas justifier d'une nationalité étrangère, ou s'il ne veut pas acquérir la nationalité allemande, il est expulsé.

aux enfants mineurs encore soumis à la puissance paternelle ». Cette solution est identique à celle de la législation française, qui déclare Français les enfants mineurs d'un étranger naturalisé en France. Mais l'article 21 de la loi allemande, contrairement à la jurisprudence française, dispose avec raison que « la perte de la nationalité d'État s'étend aux enfants mineurs soumis à la puissance paternelle, s'ils se trouvent à l'étranger avec leur père. De là il résulte que le mineur dont le père, étant Français, obtient la naturalisation en Allemagne reste Français en France, et devient Allemand en Allemagne. Arrivé à l'âge du service militaire, il est appelé à servir l'Allemagne, qu'il habite ; mais il est également appelé à servir la France, pour laquelle il ne saurait avoir d'attachement.

Il y a encore conflit en matière de naturalisation entre les deux législations, dans le cas où un Allemand se fait naturaliser en France après un séjour de trois ans, sans obtenir sa démission de citoyen allemand.

En effet, la naturalisation est réputée lui conférer en France une nationalité nouvelle ; mais, au point de vue de la loi allemande, le citoyen allemand naturalisé à l'étranger reste tel, tant qu'il n'a pas résidé dans le pays étranger, d'une façon ininterrompue, pendant dix ans. (Loi du 1^{er} juin 1870, §.21.) La loi ne mentionne nulle

part, parmi les causes de perte de la nationalité, la naturalisation acquise en pays étranger, comme le fait l'art. 17-1° du Code civil. Pour qu'un citoyen allemand cesse de l'être, il faut en principe qu'il donne sa démission, et que celle-ci soit acceptée par son gouvernement. Le congé (*Entlassung*) ne peut être accordé : 1° aux individus âgés de 17 ans accomplis jusqu'à 25 ans révolus, qui n'ont pas accompli leur service actif, à moins qu'ils ne fournissent un certificat des autorités du recrutement militaire, constatant que l'affranchissement de la nationalité n'est pas requis dans le but unique de se soustraire à l'obligation de servir ; — 2° aux militaires qui font partie de l'armée active et de la marine ; aux officiers qui sont à la disposition de l'autorité militaire ; aux officiers de la réserve, de la *landwehr* ou de la *seewehr*, et aux employés de l'armée, avant qu'ils aient été libérés du service ; — 3° aux individus appartenant à la réserve, à la *landwehr* et à la *seewehr*, et n'ayant pas la qualité d'officiers, à partir du jour où ils sont appelés au service actif. (Loi du 1^{er} juin 1870, § 15, al. 2.)

Les hommes qui ont perdu la nationalité allemande, et qui n'ont pas acquis la nationalité française ne sont, s'ils viennent se fixer en France, soumis à aucun service militaire ; s'ils reviennent en Allemagne sans reprendre leur

ancienne nationalité, ils ne peuvent se soustraire, eux et leur descendance, à toute obligation militaire.

L'article 11 de la loi militaire du 2^e mai 1874¹ pare à ce danger : « Les individus qui ont quitté le territoire de l'empire et qui ont perdu la nationalité allemande, mais qui n'ont pas acquis une autre nationalité ou l'ont reperdue, sont tenus, lorsqu'ils s'établissent sur le territoire de l'empire d'une manière permanente, de se présenter aux autorités de recrutement; ils peuvent être appelés sous les drapeaux, mais ne peuvent plus être retenus au service, en temps de paix, après l'âge de 30 ans accomplis. Il en est de même des fils de ceux qui, après avoir émigré, sont revenus sur le territoire de l'Empire, à moins que ces fils n'aient acquis une autre nationalité. Les dispositions qui précèdent sont aussi applicables aux émigrés qui ont acquis une autre nationalité, mais redeviennent citoyens allemands avant l'âge de 31 ans accomplis. »

Les individus qui ont acquis ou perdu la nationalité d'empire et ont acquis une nouvelle nationalité, autres que ceux visés par le dernier parag. de l'art. 11 de la loi du 2 mai 1874, ne sont pas astreints au service militaire, s'ils vien-

1. *Annuaire de lég. étrang.*, 1875, p. 101.

nent se fixer d'une façon durable en Allemagne.

Les Alsaciens-Lorrains sont, sur ce point, soumis à une loi arbitraire et exceptionnelle. Il faut, à ce propos, mentionner le rescrit bien connu du stathalter d'Alsace-Lorraine, qui est le dernier document officiel relatif à la question des options.

D'après ce rescrit, les jeunes gens qui, partis avec un permis d'émigration, retournent en Alsace-Lorraine à un âge où ils sont encore soumis à l'obligation du service militaire et y séjournent d'une façon permanente, sont expulsés, s'ils produisent la preuve qu'ils ont acquis une autre nationalité. Il leur est seulement permis de faire dans le pays d'empire un bref séjour de quinze jours à trois semaines par année chez leurs parents. S'ils n'ont pas acquis une nationalité étrangère, ils doivent être incorporés à l'armée, conformément au § 11 de la loi militaire.

Les autres catégories dont s'occupe le rescrit comprennent les fils mineurs de Français de naissance, et d'Alsaciens-Lorrains qui ont valablement opté, ou de personnes qui, nées en Alsace-Lorraine, ont été déclarées étrangères par la commission d'option. Ces mineurs sont placés, lorsqu'ils ont atteint l'âge de 17 ans, dans l'alternative d'accepter la nationalité allemande, ou bien d'être expulsés et de ne pouvoir égale-

ment revenir, dans le courant d'une année, que quinze jours à trois semaines chez leurs parents.

Ces mesures sont très dures pour ceux des Alsaciens-Lorrains qui, Français de cœur et de droit, sont prêts à faire leur service militaire en France, et qui doivent quitter un pays où ils ont les attaches de l'habitude et de l'intérêt, sous peine d'être incorporés dans l'armée allemande. En édictant ces dispositions draconiennes, l'autorité allemande méconnaissait sciemment le droit; car, dans le traité conclu le 27 avril 1867 entre l'Allemagne et la Suisse, on s'engagea, dans le protocole annexe, à n'user du droit d'expulsion qu'après vérification et examen minutieux, et jamais lorsque les circonstances auraient démontré que le changement de nationalité avait eu lieu *bona fide*, non point pour éluder les obligations militaires.

SECTION II

Italie

La loi italienne du 29 juin 1882 sur le recrutement de l'armée royale¹, qui pose en principe que tous les citoyens de l'État sont sujets à la levée (art. 5), renvoie au code civil pour décider qui est citoyen : « Il appartient aux tribunaux

1. *Annuaire de législation étrangère*, 1882, p. 568.

de statuer sur les questions controversées de nationalité. » (Art. 14.) Les conflits prévus par la loi militaire sont tels, que, suivant le vœu d'un auteur italien¹, avant qu'une réforme soit apportée à la loi italienne ou à la loi française sur la nationalité, de façon à faire cesser tout désaccord entre elles, il serait à désirer qu'une convention établît un *modus vivendi*, surtout au point de vue du service militaire.

La loi italienne sur la nationalité, tout en reconnaissant que les enfants des nationaux acquièrent la nationalité *jure sanguinis*, considère comme italien l'individu né dans le royaume d'un étranger qui y est domicilié sans interruption depuis dix ans; mais elle lui laisse la faculté d'opter pour la nationalité étrangère, dans l'année qui suit sa 21^e année. (Code civil Italien art. 8) De cette disposition résulte que l'individu né d'un Français dans ces conditions qui garde le silence à sa majorité, est considéré par la loi italienne comme Italien et soumis, comme tel, au service militaire. Mais la France, de son côté, n'est-elle pas fondée à le revendiquer comme national? Il est Français en effet, puisqu'il est né d'un Français à l'étranger (C. civ., art. 8-1^{er}), et qu'il n'a pas perdu la qualité de Français, puisqu'il n'a pas acquis, sur sa

1. Giulio Dena, *Journ. dr. int. priv.*, 1891, p. 440.

demande, la nationalité étrangère par l'effet de la loi. (C. civ., art. 17-1°.) C'est en vain qu'on a dit¹ que, si l'individu né d'un Français en Italie n'a pas, lors de sa majorité, opté d'une manière expresse pour la nationalité italienne, il l'a pourtant fait d'une façon tacite; qu'il a manifesté indirectement sa volonté de rester italien, puisqu'il n'a pas accompli la formalité de la déclaration, qui lui aurait fait perdre la qualité d'Italien. Cette circonstance ne peut équivaloir à une déclaration expresse de volonté.

De même, l'individu qui naît en France de parents italiens qui eux-mêmes y sont nés, est considéré en Italie comme sujet italien, puisque : « Est Italien tout individu né d'un Italien ». (C. civ. italien, art. 4.) Inscrit sur les listes de la levée dans son pays d'origine, il est également astreint au service militaire dans son pays natal, où il est considéré comme national. (Art. 8-3°.) L'art. 11 de la loi du 15 juillet 1889, par sa rédaction défectueuse, ne peut empêcher que des individus ne soient astreints au service militaire dans deux pays à la fois.

Est également Italien au regard de la loi italienne, et Français au regard de la loi française, l'individu né en France de parents italiens et qui, domicilié dans notre pays à sa majorité,

1. Giulio Dena, *Journ. dr. int. priv.*, 1891, p. 437.

ne formule pas une option pour sa nationalité d'origine; car l'article 11-2° du code civil italien, en disposant que l'état de citoyen se perd pour celui qui est devenu citoyen dans un pays étranger, se réfère évidemment à une acquisition volontaire d'une nationalité étrangère.

Quant à l'individu né en France de parents italiens, et qui, domicilié à l'étranger à l'époque de sa majorité, prend part aux opérations du recrutement en France sans opposer son extranéité, s'il est considéré en France comme Français, il pourra également être réclaté comme national par l'Italie. L'état de citoyen se perd en effet, aux termes de l'article 11-3° du code civil italien, pour celui qui est entré au service militaire d'une puissance étrangère. Or, le fait de prendre part aux opérations du recrutement en France sans opposer son extranéité, de la part d'un Italien qui est porté par erreur sur les listes de recrutement, pourra-t-il équivaloir à l'entrée au service militaire d'une puissance étrangère?

Le changement de nationalité opéré par un chef de famille peut aussi donner lieu à des conflits entre les deux législations. Si un Italien se transporte avec sa famille en France et y obtient la naturalisation, ses enfants mineurs deviennent Français, s'ils n'ont plus leur résidence en Italie. (Code civil italien, art. 11-3°.)

Mais que décider si les enfants mineurs d'un Italien d'origine naturalisé Français continuent à résider en Italie? La loi italienne les considère dans ce cas comme des nationaux, qui doivent être, comme tels, inscrits sur la liste de la levée, puisqu'elle fait une restriction à leur égard. La loi française, d'un autre côté, ne fait pas de distinctions entre les enfants mineurs du naturalisé, suivant qu'ils résident ou ne résident pas à l'étranger; elle les appelle sous les drapeaux français, à moins qu'ils ne déclinent la qualité de Français. (Code civil, art. 8 § 4.)

La situation n'est plus la même lorsqu'un Français obtient la naturalisation en Italie. Dans ce dernier pays, on estime Italiens les enfants mineurs de l'étranger naturalisé, s'ils résident dans le royaume, et on les incorpore dans les troupes italiennes. Au regard de notre législation, au contraire, les enfants mineurs du Français naturalisé en Italie, même ceux qui résident dans ce pays, sont appelés à servir la France sans qu'il leur soit même permis d'opter pour la nationalité italienne.

Il peut également arriver que, par suite des conflits entre les lois italienne et française, des jeunes gens se trouvent sans nationalité, et, par suite, n'aient à subir les charges militaires dans aucun pays. Si, en effet, une femme d'origine française, après la mort de son mari, sujet ita-

lien, recouvre la nationalité française, ses enfants mineurs cessent d'être considérés en Italie comme sujets italiens, s'ils ne résident plus dans le royaume, la loi consacrant l'unité de famille. (Code civil italien, art. 11.) D'un autre côté, si la mère ne demande pas que la nationalité française soit aussi accordée à ses enfants par décret (code civil, art. 19), ce qui probablement arrivera souvent dans le but de les soustraire au service militaire, ceux-ci se trouvent être sans nationalité.

Dés conflits, qui ont pris naissance à propos du recrutement, se sont également élevés au sujet de la réglementation du droit d'option laissé aux individus dénationalisés par le traité de Turin (24 mars 1860). Une controverse s'était élevée sur le point de savoir si les mineurs pouvaient exercer valablement le droit d'option avec le consentement du père, dans l'année de leur majorité, ou bien, au contraire, s'ils étaient devenus Français par le seul fait que leur père avait conservé son domicile dans les provinces cédées, et d'après le principe général que le mineur suit la condition du père¹. Les fils de ces mineurs peuvent encore, lorsqu'ils sont appelés sous les drapeaux, soulever de

1. Aff. Rostainy : Trib. de Saint-Jean-de-Maurienne (Dal., 1863, 2, 98). — Chambéry (Sir., 1863, 2, 113). — Cass., Turin, 33 déc. 1872. — Climet, 1873, p. 138.

nouveau le débat en invoquant, suivant les cas, la nationalité italienne ou la nationalité française.

Devant les divergences des tribunaux, un accord par correspondance diplomatique est intervenu en 1874 entre les gouvernements italien et français : « Il est convenu que les fils nés en Savoie et à Nice de pères originaires des provinces italiennes, et qui, à l'époque de l'annexion de la Savoie et de Nice à la France, étaient encore mineurs, seront considérés, à défaut d'option explicite, comme étant restés Italiens; et, dès lors, ils ne seront pas soumis au service militaire en France, mais inscrits sur les rôles de la levée en Italie.

Toutefois, il est entendu que cette solution n'a qu'un caractère administratif, et qu'elle n'empêchera pas les intéressés, dans le cas où ils ne voudraient pas s'y soumettre, de faire valoir leurs droits devant les tribunaux compétents ¹.

SECTION III

Autriche - Hongrie

La loi sur l'armée du 5 décembre 1868, modifiée pour l'Autriche par la loi du 2 octobre

1. Cogordan, p. 333. — Fiore, *Droit int. priv.*, p. 159 et suiv.

1882, et pour la Hongrie par la loi des 9-17 octobre 1882, qui pose en principe que l'obligation du service militaire doit être acquittée personnellement par tout citoyen valide (art. 1^{er}), laisse aux lois sur l'indigénat la question de résoudre qui est citoyen. Pour assurer l'exécution du service militaire, elle aborde cependant une question de nationalité en restreignant la liberté d'émigration. « L'émigration de tout homme tenu au service de l'armée active, de la réserve et de la réserve de remplacement est subordonnée à un congé délivré par le ministre de la guerre ; pour tout autre, ainsi que pour ceux qui n'ont pas atteint l'âge de la conscription, elle est soumise à l'autorisation du ministre de la défense nationale. L'autorisation n'est accordée aux hommes en activité, à ceux qui n'ont pas tiré au sort ou n'ont pas complètement satisfait aux obligations de l'appel que si leurs père et mère ou le survivant émigre avec eux. L'émigration n'est considérée comme effective que si l'impétrant a quitté le territoire de la monarchie, et s'est fixé à l'étranger avec l'intention d'y établir sa résidence définitive ; s'il rentre dans ses foyers, il doit finir son temps interrompu. Au moment et pendant la durée d'une mobilisation, aucune autorisation ne peut être accordée aux hommes sous les drapeaux ou déjà soumis à l'appel. » (Art. 54.)

De leur côté, les lois sur l'indigénat autrichien et hongrois se soucient peu des considérations internationales. Elles envisagent bien la filiation comme la source unique de la nationalité (code civil Autrichien, art. 28; loi hongroise des 20-24 décembre 1879, art. 3); mais elles semblent admettre la double nationalité comme un fait normal. Il y a là une cause de graves difficultés avec la législation française, qui, elle aussi, a été votée sous l'empire de considérations purement internes.

La lutte du *jus sanguinis* et du *jus soli* soulève ici les mêmes conflits que nous avons déjà étudiés entre la législation française et la législation allemande, qui a servi de prototype à la loi hongroise de 1879.

Les Autrichiens et les Hongrois qui se font naturaliser en France conservent également leur nationalité d'origine tout en acquérant une nationalité nouvelle, et peuvent être appelés à faire partie du contingent dans deux pays à la fois. L'art. 36 de la loi hongroise est absolument formel à ce sujet: « Les Hongrois qui sont en même temps citoyens d'un autre État, sont considérés comme Hongrois tant qu'ils n'ont pas perdu la nationalité hongroise. »

Quant au Français qui se fait naturaliser Autrichien ou Hongrois, il perd bien la qualité de Français (code civil, art. 15, § 1^{er}), mais ses

enfants mineurs ne changent pas de nationalité ; or, d'après la loi autrichienne (art. 92, 146, 165 du c. civ.) et hongroise (art. 7 de la loi du 24 déc. 1879), la naturalisation s'étend aux enfants mineurs ; de là l'impossibilité pour eux d'accomplir leur service militaire dans un pays sans s'exposer à des peines disciplinaires dans l'autre.

SECTION IV

Russie

En Russie, où « la défense du trône et de la patrie est un devoir sacré pour tout sujet russe, la naissance sur le territoire n'entraîne jamais la nationalité russe ; elle facilite simplement la naturalisation. Si des Français ne sont pas appelés à servir en Russie par le fait matériel de la naissance sur le territoire russe, les individus nés de Russes auxquels s'appliquent les dispositions des art. 8-3° et 4° et 9-3° sont appelés à servir sous nos drapeaux comme citoyens français. Français au regard de la loi française, ils restent Russes au regard de la loi russe ; car la Russie n'admet la perte de la nationalité que pour les naturalisés : il s'ensuit qu'elle n'est pas possible pour les Russes d'origine ¹.

1. Cogordan, p. 151 et 152.

La naturalisation en pays étranger n'est pas permise, en effet, à un sujet russe. Non seulement elle ne fait pas perdre la nationalité russe, mais elle attire des peines sévères sur les absents. « Quiconque, dit le code pénal russe (art. 225), s'absentant de la patrie entre au service étranger sans la permission du gouvernement, et se fait sujet d'une puissance étrangère, est condamné, pour cette violation du devoir et du serment de fidèle sujet, à la privation de tous les droits civils et au bannissement perpétuel de l'empire, ou, s'il revient par la suite volontairement en Russie, à la déportation en Sibérie ». « Quiconque, s'absentant de la patrie, n'y retourne pas sur l'appel du gouvernement, est également condamné à la perte de tous les droits civils et au bannissement perpétuel. » (Code pénal, art. 326.) Toutefois, on peut se demander si cette sévère législation n'est pas abrogée implicitement par l'article 3 de la loi du 1^{er} janvier 1874 sur le service militaire : « Tout homme au-dessus de 15 ans ne peut cesser d'être sujet russe, à moins d'avoir satisfait complètement aux obligations du service militaire ou d'être exempté du service actif par les chances du tirage. »

La Russie, tout en posant pour ses sujets le principe de l'allégeance perpétuelle, admet l'acquisition de la nationalité russe par la natura-

lisation. Mais, en cette matière, les principes adoptés ne soulèvent pas de conflits avec la législation française. Le Français, en effet, qui se fait naturaliser en Russie (ukase du 6 mars 1864), perdant la nationalité française, doit accomplir ses devoirs militaires dans sa nouvelle patrie. Ses enfants, qui restent Français au regard de la loi française, sont également Français au regard de la loi russe; car la « naturalisation russe est toujours personnelle, limitée à celui qui l'a obtenue, et ne s'étend pas aux enfants, qu'ils soient majeurs ou mineurs, nés antérieurement. (Ukase du 6 mars 1864, art. 6.)

SECTION V

Angleterre

D'après la *common law*, sont Anglais, non seulement les individus nés dans un pays de la domination britannique, mais encore les enfants, nés même à l'étranger, dont le père ou le grand-père est né sujet anglais.

Si cet état de choses, qui consiste à appliquer le *jus sanguinis* aux enfants d'Anglais, le *jus soli* aux fils d'étrangers, a été consacré par l'act du 12 mai 1870, c'est que l'Angleterre, pleine de respect pour son passé, n'a pas osé rompre nettement avec ses traditions féodales¹. Elle

1. Geouffre de Lapradelle, p. 66.

n'a nullement songé à augmenter, par ce moyen, son contingent militaire en englobant, de gré ou de force, dans sa nationalité le plus grand nombre d'habitants possible. Son aristocratie, ses grands industriels, ses commerçants, s'accroissent peu du service obligatoire. Protégée par « sa ceinture d'argent », elle n'a pas besoin d'une forte organisation militaire. Et si, en droit, tout Anglais doit le service militaire dans la milice (loi de 1752), en fait, l'armée anglaise ne se recrute que par voie d'engagements volontaires, le parlement suspendant tous les ans et pour un an seulement, l'application de la loi de 1752.

Quelque arriérée que soit la base de la législation anglaise, et si moderne que soit celle de la législation française en cette matière, de nombreux conflits sont possibles entre ces deux législations, qui donnent, pour des motifs différents, une si grande extension au *jus soli*.

En principe, tout individu né sur le territoire anglais est Anglais ; toutefois, si, *jure sanguinis*, il naît en même temps national d'un autre État, il peut, lorsqu'il atteint sa majorité, se dépouiller de sa nationalité britannique (act du 12 mai 1870, art. 4). De là résulte que l'enfant né de parents français en Angleterre est Anglais au delà de la Manche et Français en deçà. Malgré le droit d'option, en effet, on conçoit aisément

comment une pluralité de sujétions peut se produire : il suffit que ce droit ne soit pas exercé ; mais, même s'il est exercé, jusqu'à la majorité il y a conflit. De là, un litige possible entre les gouvernements anglais et français, si un individu invoque en France la qualité d'Anglais pour se soustraire au service militaire obligatoire. Mais la pratique diplomatique anglaise reconnaît comme règle le droit pour chaque État d'appliquer dans toute sa rigueur, sur son territoire, sa loi sur la nationalité. Elle refuse de protéger la personne qui est Anglaise par le fait de la naissance sur le sol anglais contre le gouvernement qui, sur son territoire, la réclame comme son sujet, parce que son père était sujet *jure sanguinis*. Le Français né en Angleterre est protégé par l'Angleterre en Allemagne, en Italie, partout excepté en France, où il peut être appelé au service militaire ¹.

Le conflit est encore possible en cas de naissance d'individus de nationalité anglaise sur le territoire français.

Tandis que les individus nés en France d'un père qui y est né, sont dorénavant déclarés Français de plein droit par la loi du 26 juin 1889, les petits-enfants d'un individu né sujet anglais sont, conformément à la loi anglaise, sujets

1. *The report of the royal commissioners*, p. 67. Dépêche écrite par lord Malesbury à lord Cowley, ambassadeur à Paris, le 13 mars 1858.

anglais, même lorsqu'ils sont nés à l'étranger. C'est du moins en ce sens que beaucoup d'auteurs et des plus récents comprennent le *bill*¹. Mais, ici encore, le gouvernement anglais a pris nettement parti à cet égard, et a reconnu le droit pour la France de traiter comme Français les individus nés en France de sujets anglais qui eux-mêmes y sont nés. M. Fergusson, sous-secrétaire d'État au Foreign Office, a fait à la tribune la déclaration suivante : « La nouvelle loi française sur la naturalisation décide que les enfants nés en France d'un père né lui-même en France, sont citoyens français, et la loi militaire impose le service à ces individus comme citoyens français. Bien que, conformément à la loi anglaise, les petits-enfants d'un individu né sujet anglais soient sujets anglais, alors même qu'ils sont nés à l'étranger, le gouvernement de Sa Majesté a été amené à reconnaître qu'il n'y a pas de motifs suffisants à invoquer pour protester contre la nouvelle loi française². »

L'individu qui naît en France de parents anglais, et qui est domicilié dans notre pays à sa majorité, a également deux nationalités ; en Angleterre, il peut opter pour la France (*act* du 12 mai 1870, art. 4, al. 2) ; en France, s'il n'opte

1. Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, p. 62.

2. *Journ. droit int. priv.* 1892, p. 320.

pas pour l'Angleterre, il est soumis au service militaire dans notre armée.

Ce n'est pas seulement l'individu né en France de parents anglais et domiciliés sur notre sol à sa majorité qui doit faire, en temps voulu, une déclaration d'extranéité pour se soustraire à notre nationalité, la production d'un certificat de nationalité anglaise est imposée à tous les Anglais nés en France qui ne veulent pas être enrôlés dans l'armée française. Les gouvernements anglais et français ont fait un arrangement qui, sans être une convention officielle, est consacré par un échange de correspondances pour arrêter la teneur de ce certificat.

Déjà, à propos de l'application de la loi du 16 décembre 1874, une circulaire du Ministre de la guerre, du 13 décembre 1876, avait enjoint aux préfets de rappeler aux maires qu'ils devaient s'abstenir de porter sur les tableaux de recrutement les jeunes gens nés en France de pères anglais, quel que fût le lieu de la naissance de ce dernier, lorsqu'ils produiraient le certificat désigné. Cet avis fut complété par une circulaire du 26 décembre 1877 du Ministre de la guerre, concernant les jeunes gens d'origine anglaise appelés à servir dans l'armée française¹. A la suite de la promulgation de la loi

¹. Cogordan, *op. cit.*, annexes, p. 538.

du 26 juin 1889, les deux gouvernements ont arrêté les termes de formules nouvelles ¹. De ces formules résulte que le certificat permet seulement la radiation de celui qui l'obtient sur les contrôles militaires, dans le cas de l'article 9 du Code civ.; tandis que, dans l'hypothèse de l'article 8-4°, il forme le critérium de l'extranéité.

Le changement de nationalité par naturalisation peut encore déterminer des conflits au point de vue du service militaire. Si, dans les deux pays, la naturalisation acquise en pays étranger fait perdre la nationalité d'origine (code civ. français, art. 17, *act* du 12 mai 1870, art. 6), les effets de la naturalisation ne sont pas les mêmes sur la famille du naturalisé.

Dans le cas de naturalisation obtenue par son père ou sa mère veuve, l'enfant, s'il a résidé pendant sa minorité avec ses parents sur le territoire britannique, est considéré comme citoyen britannique. (*Act* du 12 mai 1870, art. 10-5°.) Devenu citoyen anglais aux termes de cet article, l'enfant mineur du Français naturalisé en Angleterre qui se trouve dans ces conditions, n'en conserve pas moins la nationalité française; et, s'il rentre en France, la loi militaire le guette au passage.

1. *Journ. de droit int. priv.*, 1892, p. 1246 et 1247.

SECTION VI

États-Unis

Le droit sur la nationalité peut être considéré, aux États-Unis, malgré les controverses de la doctrine ¹, comme basé sur le *jus soli*. Mais le point de vue utilitaire auquel a obéi le législateur en établissant la nationalité par le rapprochement matériel de la naissance sur le sol, n'est pas le même qu'en France. Ce n'est pas pour augmenter le nombre des soldats que le principe territorial a été adopté ; c'est pour constituer une population le plus homogène possible avec des hommes de provenances diverses, établis dans le pays sans esprit de retour. Les États-Unis, en effet, n'ont pas d'armée ; ils n'ont qu'une belle et solide force de police.

Malgré les concessions de la diplomatie ², le

1. M. Porter Morse soutient que le *jus soli* n'a conservé aucune application dans la législation des États-Unis, *De l'acquisition de la nationalité aux États-Unis*, Journ. de droit int. priv., 1887, p. 32 et suiv.

Ce système a contre lui une jurisprudence qui consacre le *jus sanguinis* pour les enfants des nationaux, et le *jus soli* pour ceux des étrangers.

2. « Les États-Unis, qui n'admettent pas qu'un fils de Français né aux États-Unis puisse être réclamé par la France, ne sauraient, sans se mettre en contradiction avec eux-mêmes, réclamer un fils d'Américain né en France. » (Dépêche adressée le 2 juillet 1886 par M. le secrétaire d'État Bayard au chargé d'affaires des États-Unis à Paris.)

principe utilitaire du *jus soli* est particulièrement propre à donner lieu à une pluralité de nationalités et, par suite, de conflits, surtout avec les nations qui, comme la France, font une large part à ce système et adoptent en même temps le principe du *jus sanguinis*.

C'est ainsi que, du cumul des nationalités acquises par naissance, résultent nécessairement de graves difficultés au point de vue du service militaire. Beaucoup d'affaires ont mis en lumière l'attitude des deux gouvernements français et américain à cet égard. Des jeunes gens nés de parents Français en Amérique ont été arrêtés en France, emprisonnés et traduits devant les autorités militaires, qui, malgré les plaintes de la légation américaine, les envoyèrent à l'armée.

Mais c'est surtout au point de vue de la naturalisation que des difficultés se sont le plus souvent présentées, à l'occasion de jeunes gens qui, après avoir acquis le titre de citoyen de l'Union, pensaient pouvoir revenir en France, et y vivre sous la protection du gouvernement américain en échappant au service militaire. En dépit des prétentions du gouvernement de Washington, le gouvernement français persista à regarder comme insoumis ceux qui, excipant d'une naturalisation à l'étranger, ne rejoignaient pas leur drapeau. Des correspondances

échangées entre la France et les États-Unis à ce sujet, il résulte que l'Amérique se référerait au moment de l'émigration, et non de la naturalisation, pour prétendre que le Français naturalisé en Amérique n'était susceptible d'aucune condamnation pénale en France pour non-accomplissement du service militaire¹. Mais les conseils de guerre français n'acquittèrent les individus en question que lorsque la naturalisation était antérieure de trois ans à l'appel sous les drapeaux, l'action étant alors prescrite.

Alors que les réclamations des États-Unis ont obtenu une reconnaissance internationale dans le traité du 22 février 1868, dit convention Bancroft, conclu avec l'Allemagne du Nord², le conflit dure encore avec la France. Dans une lettre du 11 janvier 1888, adressée à M. Flourens, ministre des affaires étrangères en France, M. Mac-Lane, au nom du gouvernement américain, demandait s'il n'était pas possible de fixer un délai passé lequel les Français naturalisés aux États-Unis pourraient venir en

1. La question a fait l'objet de négociations entre les deux gouvernements en 1831 et en 1861. V. Cogordan, *op. cit.*, p. 263, qui relate les instructions données à M. Mason, ministre américain à Paris, et à son successeur, M. Foulkener.

2. Des traités analogues ont été conclus la même année avec la Bavière, le duché de Bade, le Wurtemberg, la Hesse, le Mexique, la Grande-Bretagne, la Belgique; en 1869, avec la Suède et la Norvège; en 1870, avec l'Autriche; en 1872, avec le Danemark.

France sans être inquiétés; et il se déclarait disposé à examiner favorablement toutes les idées qui pourraient être suggérées à ce sujet. Le successeur de M. Flourens aux affaires étrangères, M. Goblet, répondit à M. Mac-Lane, le 26 avril 1888, que le Ministre de la guerre et lui « étaient tout à fait disposés à examiner toutes les propositions qui seraient faites à ce sujet ». Les affaires en sont restées là.

SECTION VII

Amérique latine

La république Argentine ¹, la Bolivie ², le Brésil ³, le Chili ⁴, les États-Unis de Colombie ⁵, la république de l'Équateur ⁶, le Paraguay ⁷, le Pérou ⁸, l'Uruguay ⁹, le Vénézuéla ¹⁰, qui sont des États peuplés d'autochtones, d'envahisseurs, de réfugiés ou d'émigrés, font du *jus soli* pour leurs intérêts respectifs la base de leur nationa-

1. Loi fédérale du 1^{er} octobre 1869, art. 1.

2. Constitution du 13 février 1878, art. 31.

3. Constitution du 22 juin 1890, art. 69.

4. Constitution du 25 mai 1833, art. 6.

5. Constitution du 4 août 1886, art. 8.

6. Constitution du 11 août 1869, art. 4.

7. Constitution du 24 nov. 1870, art. 35.

8. Constitution du 13 nov. 1866, art. 34.

9. Constitution du 10 nov. 1827, art. 7.

10. Constitution du 28 mars 1834, art. 6.

lité. Tous les Français qui naissent sur ces territoires sont revendiqués comme citoyens par les autorités locales, et appelés sous les armes, le cas échéant, pour combattre pour l'indépendance du pays. Au Mexique (loi du 28 mai 1886) et dans les États de Costa-Rica et de San-Salvador (constitution du 4 décembre 1883, art. 37) seulement, les fils de Français nés sur le territoire conservent leur nationalité.

La pratique diplomatique a quelquefois corrigé les rigueurs du droit. C'est ainsi qu'au Brésil, par suite d'un *modus vivendi* avec la France, les fils de Français nés dans l'Empire, sans être officiellement exemptés du service militaire, sont, en fait, omis volontairement par l'autorité locale sur les listes de la conscription, si leur naissance a été inscrite au consulat français. Mais le gouvernement vénézuélien a refusé d'apporter aucun tempérament à la rigueur des principes ¹.

Pour corriger les injustices des conflits au point de vue du service militaire, l'Angleterre, l'Allemagne, et surtout l'Espagne ont conclu des traités avec les républiques sud américaines. Bien que ces traités soient des capitulations de l'Europe devant les exigences des

1. V. note envoyée par le gouvernement vénézuélien à la légation de France. Cogordan, *op. cit.*, p. 44.

petits États d'Amérique ¹, il est à regretter que la France n'ait pas de conventions avec eux. Toutefois, il n'y a pas lieu d'accuser nos diplomates d'indifférence ou d'inertie.

Le Gouvernement français, qui, en 1857, avait l'intention de se joindre à l'Angleterre pour demander simultanément les mêmes avantages aux États américains, ajourna les négociations sur les instances de M. Walewski, ministre des affaires étrangères, afin de faire cesser une contradiction imaginaire entre l'article 10 du Code civil, qui déclare que tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français, et l'art. 17, d'après lequel la qualité de Français se perd par tout établissement en pays étranger sans esprit de retour.

La circulaire ministérielle du 16 juin 1873, adressée aux représentants de la France à l'étranger pour assurer l'application de la loi militaire du 27 juillet 1872, régla la protection à accorder à nos nationaux. « Je n'hésite pas, disait le ministre, à vous autoriser à refuser votre protection aux Français qui ne se soumettraient pas aux obligations militaires. » Mais l'art. 50 de la loi du 15 juillet 1889, en dispensant du service militaire les jeunes gens qui, avant dix-neuf, ans se sont établis hors d'Eu-

1. Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, p. 363.

rope, a supprimé à peu près l'efficacité de ce procédé, qui faisait de l'accomplissement du service militaire le critérium de la nationalité. Les difficultés restent donc entières.

B. — *Pays avec lesquels ont été signées des conventions pour résoudre les difficultés au sujet du service militaire.*

SECTION I^{re}

Espagne

Un accord singulier au point de vue du service militaire est intervenu entre la France et l'Espagne, dans la convention consulaire du 7 janvier 1862. L'art. 5 de cette convention est ainsi conçu : « Les Espagnols nés en France, lesquels, ayant atteint l'âge de 20 ans, y seraient compris dans le contingent militaire, devront produire, devant les autorités civiles ou militaires compétentes, un certificat établissant qu'ils ont tiré au sort en Espagne. Et réciproquement, les Français nés en Espagne qui y seraient appelés au service militaire, devront, dans le cas où les documents présentés par eux ne paraîtraient pas suffisants pour établir leur origine, fournir l'année suivante aux autorités compétentes, à l'époque du tirage, un certificat constatant qu'ils ont satisfait à la loi sur le recrutement en France. A défaut de ce document

en bonne forme, l'individu désigné par le sort pour le service militaire dans la commune où il est né, devra faire partie du contingent de cette commune. »

La convention a un sens et des effets en Espagne, un sens et des effets différents en France, parce que, de part et d'autre, on avait, à certains égards, ses intérêts et ses vues propres.

La gouvernement espagnol a considéré que la convention réglait, non seulement une question de service militaire, mais encore une question de nationalité. Les enfants nés de Français en Espagne qui ne viennent pas spontanément offrir leur service militaire en France, non seulement doivent l'effectuer en Espagne, mais encore sont Espagnols. Cette interprétation cadre avec l'esprit de la législation. L'Espagne, après avoir abandonné le *jus soli*¹, l'a rappelé, pour ne pas jouer le rôle de dupe avec les républiques sud américaines, avec lesquelles elle a un échange d'hommes constant; et, après être entré dans la pratique, ce système s'est insinué dans les traités.

Le système suivi par le Gouvernement français est tout différent. Les enfants d'Espagnols nés en France sont appelés au service militaire

1. L'art. 17-1^o du code civil, du 24 juillet 1889, déclare Espagnols « les personnes nées en territoire espagnol ».

en France, s'ils ne produisent pas un certificat constatant qu'ils ont satisfait à la loi militaire espagnole; mais ils ne perdent pas leur qualité d'origine. « Suivant les conventions internationales, disait M. Gadaud dans son rapport à la Chambre des députés sur le budget de l'Algérie en 1889, les Espagnols font leur service militaire en Algérie; ils s'y fixent ensuite. Il n'y aurait aucun mal à cela, s'ils ne s'établissaient pas au milieu de leurs compatriotes, et s'ils n'étaient pas ainsi soustraits par la suite à l'influence et à la pénétration française ¹. » Les tribunaux français décident donc que l'Espagnol qui a servi sous les drapeaux français pour obéir à la convention précitée, n'acquiert pas la nationalité française. La situation inverse leur a également été déférée ². Les Français nés en Espagne qui, par application du traité, ont été incorporés dans l'armée espagnole, ne peuvent être considérés comme ayant perdu la qualité de Français pour avoir pris du service à l'étranger sans autorisation du Gouvernement ³. Au regard de la France, le but de la convention a donc été d'empêcher les nationaux de se soustraire d'une manière absolue au service militaire dans l'un et l'autre pays, sans que toutefois une atteinte fût portée

1. Journ. Off., 21 mars 1889, annexe 13.

2. Journ. dr. int. priv., 1882, p. 194; 1890, p. 929.

3. Journ. Dr. int. priv., 1885, p. 92.

à la nationalité d'origine de ceux qui ont accompli le service militaire sous un drapeau étranger.

Cette conception est contraire au principe que les Français seuls sont admis à servir dans les armées françaises. De ce chef, un auteur¹ pense que la convention s'annule elle-même et ne doit pas être appliquée. Cette conclusion n'est pas admissible. Le principe que nul n'est admis dans les troupes françaises s'il n'est Français, peut subir des exceptions. Le fait de servir dans notre armée, pour un Espagnol, sans changer de nationalité, résulte précisément de la convention de 1862, qui se réfère exclusivement au point de vue militaire : il n'y a là que l'exercice profondément légitime du pouvoir qui fait les traités.

Sans admettre qu'un tel pacte s'est annulé lui-même par sa rédaction, un autre auteur² estime que, par la convention, l'Espagne renonce à réclamer en vertu du sang, vis-à-vis de la France, les enfants nés dans ce pays d'un père Espagnol qui lui-même y est né, lorsqu'ils lui refusent le service militaire et que, réciproquement, la France accepte de l'Espagne l'application des mêmes principes. Cette opinion, qui se

1. Cogordan, *op. cit.*, p. 59.

2. Gcouffre de Lapradelle, *op. cit.*, p. 366 et suiv.

réfère arbitrairement à la législation alors existante sur la nationalité, aboutit à cette conclusion grave que l'article 8-3° nouveau du Code civil ne produira pas son plein effet par rapport à l'Espagne, et se maintiendra seulement vis-à-vis d'elle sur le degré d'énergie fixé par la convention, lequel correspond exactement à celui de la loi française de 1874. C'est là méconnaître absolument les termes du traité, qui vise expressément les Espagnols nés en France et les Français nés en Espagne, et qui, par conséquent, n'est nullement en opposition avec l'article 8-3° du Code civil.

Du traité de 1862, il résulte que les Espagnols nés en France doivent le service militaire en France s'ils ne l'accomplissent pas en Espagne, et que, de même, les Français nés en Espagne doivent le service militaire en Espagne s'ils ne l'accomplissent pas en France. Seulement, les individus dont il s'agit peuvent en fait se soustraire à la convention en résidant, par exemple, à l'âge du service militaire, dans un pays autre que leur pays de naissance et leur pays d'origine : ainsi s'explique la formule conditionnelle qui se trouve dans le traité ¹.

1. Il arrive fréquemment que des Espagnols nés en France ne fent aucun service militaire, soit parce qu'ils ont été mis sur les listes du recrutement français, soit parce qu'ils n'ont pas répondu à l'appel sous les drapeaux. Il semble difficile, devant les termes du traité, d'ap-

Le traité de 1862 a été révisé par une déclaration signée le 2 mai 1892 entre l'Espagne et la France, qui a porté d'un à deux ans le délai accordé aux Français nés en Espagne pour produire le certificat requis par la loi.

Malgré ce traité, des difficultés peuvent encore se produire au point de vue du service militaire entre les deux pays, notamment en matière de naturalisation. C'est ainsi que les enfants mineurs du Français naturalisé en Espagne ont deux nationalités ; car ils acquièrent la nationalité espagnole (code civil espagnol du 24 juillet 1889, art. 18 § 1 et 24) et ne perdent pas la nationalité française. Si un Espagnol, au contraire, se fait naturaliser Français, le conflit n'est plus possible entre les deux législations en ce qui concerne les enfants, s'ils prennent les moyens qu'elles leur offrent l'une et l'autre pour l'éviter. Ils acquièrent, en effet, la nationalité française et perdent la nationalité espagnole ; mais, dans l'année qui suit leur majorité, ils peuvent réclamer devant leurs consuls la qualité d'Espagnol (code civil espagnol, art. 26) et abdiquer celle de Français devant les autorités françaises (Code civil, art. 12 et 18).

pliquer à ces individus, qui ne sont pas Français, les règles de l'omission sur les listes du recrutement (loi du 15 juillet 1889, art. 13) ou les peines de l'insoumission.

SECTION II

Suisse

Une convention est intervenue entre la France et la Suisse, le 23 juillet 1879, pour résoudre les difficultés concernant le service militaire des enfants des Français qui se font naturaliser Suisses.

Les lois cantonales suisses qui régissaient la naturalisation attribuaient la qualité de Suisse aux enfants mineurs des étrangers naturalisés. La législation française, de son côté, ne permettant pas au père de famille de changer la nationalité de ses enfants mineurs en adoptant une nationalité étrangère, il en résultait, qu'à l'occasion de l'appel sous les drapeaux, le même individu se trouvait simultanément appelé, dès l'âge de vingt ans, à servir comme Français dans l'armée française et comme Suisse dans la milice fédérale ¹.

Cette solution donna lieu en 1873 à des négociations qui n'aboutirent pas, le Gouvernement français n'ayant pas cru devoir donner suite aux propositions de la Suisse, qui prétendait inexactement que la loi française accordait un

1. Dal. 1871, 1, p. 242 ; Sir. 1871, 1, p. 200. — Sir. 1873, 2, 103 ; Dal. 1873, 1, 151 ; Sir. 1873, 1, 52. — Sir. 1876, 2, 177.

droit d'option en faveur de la France aux enfants du Français naturalisé à l'étranger.

Cependant, le nombre des conflits résultant des naturalisations acquises dans un but de fraude, s'était accru d'une manière regrettable. C'est ainsi que beaucoup de familles d'origine française cherchaient à acquérir la nationalité suisse pour leurs fils, lorsqu'ils approchaient de l'âge où le service militaire devenait obligatoire pour eux. Le principe de la naturalisation collective, qui était une source de difficultés pour la Suisse vis-à-vis de la France, trouva encore place dans la loi fédérale du 3 juillet 1876 sur la naturalisation suisse et la renonciation à la nationalité suisse ; mais une exception fut admise dans le cas où la naturalisation pourrait amener préjudice à l'État. « Les différences, disait le Conseil fédéral, dans l'exposé des motifs de la loi, existant entre les législations suisse et étrangères, qui statuent, entre autres, comme le font les lois françaises, que les fils mineurs d'un Français qui s'est fait naturaliser Suisse, ne sont pas libérés du service militaire en France, tandis que, au contraire, d'après la loi suisse, le fils mineur suit la nationalité de son père, ont amené assez de conflits pour que les autorités suisses ne cherchent pas à créer sans motif de nouvelles difficultés qui ne peuvent que leur faire du tort. »

C'est alors que le gouvernement suisse, alléguant qu'il était équitable d'accorder aux mineurs français dont le père se serait fait naturaliser Suisse un moyen facile d'acquérir la nationalité suisse à leur majorité, conclut avec le Gouvernement français, le 23 juillet 1879, une convention dont voici les dispositions principales :

Art. 1^{er}. « — Les individus dont les parents, Français d'origine, se font naturaliser Suisses et qui sont mineurs au moment de cette naturalisation, auront le droit de choisir, dans le cours de leur vingt-deuxième année, entre les deux nationalités française et suisse. Ils seront considérés comme Français jusqu'au moment où ils auront opté pour la nationalité suisse.

L'art. 2 détermine les formalités de la déclaration : ceux qui auront laissé passer le délai d'un an qui leur est donné pour faire leur choix, seront considérés comme définitivement Français.

Art. 3. — « Les jeunes gens à qui est conféré droit d'option ne seront pas astreints au service militaire en France avant d'avoir accompli leur vingt-deuxième année. Toutefois, ils pourront, sur leur demande, remplir avant leur majorité les obligations militaires ou s'engager dans l'armée française, à la condition de renoncer à leur droit d'option pour la nationalité suisse.

Cette renonciation devra être faite par les intéressés, avec le consentement de leurs représentants légaux, dans les mêmes formes et devant les mêmes autorités que les déclarations d'option. »

L'art. 4 de la convention déclare que les déclarations d'option et de renonciation seront communiquées à l'autre gouvernement par celui sur le territoire duquel elles auraient été reçues.

La convention s'occupe aussi du passé. Les individus mineurs qui cumulent les deux nationalités, d'après le régime en vigueur avant la loi de 1876, ont un délai d'une année à partir de leur majorité pendant lequel ils peuvent opter entre la France et la Suisse. S'ils laissent passer le délai sans prendre parti, ils sont déclarés Français. Pendant le délai, ils ne peuvent être inscrits d'office sur les listes de recrutement ni en France ni en Suisse. (Art. 5.)

Telle est la convention franco-suisse du 23 juillet 1879. Faite pour cinq ans, sauf tacite reconduction d'année en année à l'expiration de cette période, elle est toujours en vigueur.

Mais, si cette convention a mis fin à un état de choses que les deux états déploraient également, elle n'a pas éteint tous les conflits.

Le gouvernement helvétique, ému des conséquences de la loi de 1889 sur la nationalité, d'a-

près laquelle bon nombre de Suisses résidant en Suisse sont tenus pour Français, et traités comme tels s'ils s'aventurent de l'autre côté du Jura, a adressé, de concert avec plusieurs gouvernements européens, des représentations au gouvernement français, qui, pour donner satisfaction à ces réclamations, a fait voter la loi du 23 juillet 1893. Cette loi a été portée à la connaissance des États confédérés par une circulaire du 23 juillet 1893, qui expose les conflits dont elle peut être la source ¹.

SECTION III

Belgique

Une convention du 30 juillet 1891, promulguée le 1^{er} janvier 1892, entre la France et la Belgique, a eu pour but de mettre fin, au point de vue du service militaire, aux conflits nombreux qui s'étaient élevés entre les législations des deux pays sur la nationalité.

Déjà une convention avait été conclue entre la France et la Belgique le 25 août 1876, aux termes de laquelle on devait se signaler les naissances d'enfants de nationaux respectifs, afin d'empêcher l'augmentation du nombre des réfractaires. Mais cette convention, qui s'en te-

1. *Journ. Droit int. priv.*, 1893, p. 1006 et 1007

nait aux mesures préventives contre l'heimatlosigkeit, n'était rien moins qu'insuffisante pour mettre un terme aux difficultés résultant des doubles nationalités. La France appelait au service militaire, avant la majorité, le Français né en Belgique, qui pouvait à sa majorité devenir Belge en vertu de l'article 9 du code civil; le fils français d'un individu qui avait perdu la qualité de Belge pour acquérir celle de Français, alors que ce jeune homme pouvait à sa majorité devenir Belge en vertu de l'article 10 § 2 du code civil, le fils français d'un Français naturalisé; qui pouvait à sa majorité réclamer la qualité de Belge en vertu de l'article 4 de la loi du 27 septembre 1835. De son côté, la Belgique appelait dans la milice, à l'âge de 19 ans, le Belge né en France qui pouvait à sa majorité devenir Français en vertu de l'article 9 du Code civil; le fils belge d'un individu qui avait perdu la qualité de Français, alors que ce jeune homme pouvait à sa majorité devenir Français en vertu de l'article 10 § 2 du Code civil; le fils belge d'un Belge naturalisé Français, qui pouvait à sa majorité réclamer la qualité de Français en vertu de la loi du 7 février 1851, art. 2. Ces jeunes gens se trouvaient dans l'alternative d'obéir à la loi militaire dans un pays, et d'être regardés comme insoumis dans l'autre.

Pourtant, il était facile de remédier à cette

situation, puisque les deux législations en présence étaient identiques : aucune des deux n'avait à sacrifier ses idées particulières. Une convention fut à cet effet conclue le 5 juillet 1879 ; mais elle échoua contre l'opposition du Parlement belge, parce qu'elle ne réglait pas seulement une question de milice, mais de nationalité, et qu'elle touchait au code civil en autorisant les mineurs à renoncer à leur nationalité.

Cependant, les causes de conflits s'aggravaient. En Belgique, la loi du 6 août 1881 avait reproduit la disposition de la loi du 27 septembre 1835, relative au droit d'option de l'enfant mineur de l'étranger naturalisé ; en France, étaient votées les lois du 14 février 1882 et 28 juin 1883 : la situation devenait de plus en plus intolérable. Émile Carlier, déclaré Français à Valenciennes et à Douai, alors qu'il avait opté pour la Belgique aux termes de l'article 9 du code civil, et satisfait à la loi de la milice, adressait, en 1882, aux gouvernements et aux parlements des deux pays une pétition retentissante. « Messieurs, disait-il, le soussigné vous expose respectueusement la situation intolérable qui lui est faite par un conflit de législation internationale. Belge en Belgique et Français en France, il se voit soumis aux lois sur le recrutement militaire dans les deux pays, et ne peut

adopter une patrie sans être déserteur dans l'autre. Son cas est celui de tous les Belges nés en Belgique de parents Français; demain il sera, par réciprocité, sinon par représailles, celui de nombreux enfants nés en France de parents belges..... »

La convention de 1879 fut reprise; mais, malgré l'insistance du gouvernement belge, le gouvernement français préféra attendre le vote des lois sur la nationalité et sur le recrutement, qui étaient alors en discussion.

Vivement demandée par l'opinion publique, une convention fut enfin conclue entre les deux gouvernements le 30 juillet 1891. En voici les dispositions principales :

Art. 1^{er}. — « Ne seront pas inscrits d'office, avant l'âge de 22 ans accomplis, sur les listes du recrutement militaire belge :

« 1^o Les individus nés en France d'un Belge et domiciliés sur le territoire français, qui tombent sous l'application de l'article 8 § 4 du Code civil français;

« 2^o Les individus nés en France d'un Belge qui peuvent invoquer l'article 9 § 1^{er} du Code civil français;

« 3^o Les individus nés d'un Belge naturalisé Français pendant leur minorité, et ceux nés d'un ancien Français réintégré dans cette qualité pendant leur minorité, qui tombent respective-

ment sous l'application des articles 12 § 3, et 18 du Code civil français. »

Art. 2. — « Ne seront pas inscrits d'office, avant l'âge de 22 ans accomplis, sur les listes du recrutement militaire français :

« 1° Les individus nés en Belgique d'un Français, qui peuvent invoquer l'article 9 du Code civil belge ;

« 2° Les individus nés d'un Français naturalisé belge pendant leur minorité, lesquels peuvent acquérir la nationalité belge conformément à l'article 4 § 1^{er} de la loi belge du 6 août 1881 ;

« 3° Les individus qui peuvent décliner la nationalité française conformément aux articles 8 § 4, 12 § 3 et 18 du Code civil français, à moins que, pendant leur minorité, il n'y ait eu renonciation à leur droit d'option, conformément à l'article 11 du règlement d'administration publique français du 13 août 1889. »

Art. 3. — « Les individus qui auront changé de nationalité, soit durant leur minorité, soit dans l'année qui aura suivi leur majorité, conformément aux dispositions légales visées dans les articles 1 et 2 de la présente convention, seront dégagés de tout service militaire dans le pays auquel ils appartenaient antérieurement, et astreints aux obligations militaires des jeunes gens de leur âge, dans le pays auquel ils sont désormais rattachés. »

Art. 4. — « Les jeunes gens nés en France de parents belges qui eux-mêmes y sont nés, ne seront pas appelés au service militaire en Belgique. »

.
Art. 9. — « La présente convention est conclue pour cinq ans à partir de l'échange des ratifications. Dans le cas où aucune des hautes parties contractantes n'aurait notifié, une année avant l'expiration de ce terme, son intention d'en faire cesser les effets, la convention continuera d'être obligatoire encore une année, à compter du jour où l'une des parties l'aura dénoncée. »

Telle est la convention franco-belge dans ses parties essentielles. Sa rubrique l'appelle : « Convention entre la France et la Belgique, relative à l'application des lois qui règlent le service militaire dans les deux pays. » S'est-elle donc bornée à apporter un remède aux souffrances qui étaient infligées aux particuliers à propos du service militaire, et a-t-elle laissé intacts les principes admis de part et d'autre en matière de nationalité¹ ?

Il est certain que le Gouvernement français considère l'option comme opérant un change-

1. Bull. de la Soc. de lég. comp., 1891-92, p. 229 et suiv. : Étude de M. Lainé sur la convention franco-belge. — Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, p. 370 et suiv.

ment de nationalité complet: les travaux préparatoires de la convention sont formels en ce sens.

A l'égard de la Belgique, l'effet du traité est plus douteux. Le gouvernement et les commissions belges semblent avoir fait une distinction entre les individus nés en France de parents belges qui eux-mêmes y sont nés, et les autres personnes dont le sort est en cause. Pour ces dernières, la convention se fait sentir tant au point de vue des droits civils et politiques que des obligations militaires. Il en est autrement des individus nés en France de parents belges qui eux-mêmes y sont nés : la Belgique considère que la convention est demeurée à leur égard étrangère au droit civil ; elle s'interdit de leur imposer le service militaire, mais continue à les regarder comme exclusivement Belges, tandis que la France les regarde comme exclusivement Français. Sauf cette réserve bizarre, le traité franco-belge du 30 juillet 1891 a donc pris une ampleur plus grande que celle indiquée par sa rubrique, et règle, non seulement une question de service militaire, mais de nationalité.



CONCLUSION

Avant 1889, les uns soutenaient qu'une loi de recrutement ne pouvait pas trancher une question de nationalité; les autres soutenaient qu'une loi de droit civil ne pouvait pas empiéter sur une loi de recrutement: ainsi posée, la question était insoluble. La loi du 26 juin 1889 et la loi du 15 juillet de la même année ont affirmé l'étroit rapport qui existe entre la nationalité et le recrutement¹; la première en procédant d'un esprit de conquête, et en acquérant à la France des recrues plus nombreuses par l'assimilation des familles étrangères établies en France; la seconde en posant dans son texte le principe du recrutement des étrangers.

Malheureusement, ces deux lois ne sont pas des modèles de clarté. La manière dont elles ont été rédigées, la méthode suivie pour leur confection sont très critiquables. Les solutions les plus contradictoires, les dispositions les plus disparates que le législateur y a consacrées

1. M. Dupuy disait à la séance de la Chambre du 18 juin 1887 qu'il y avait là « une disposition mixte ». Déb. Parlem. 1887, 18 juin.

désespèrent les commentateurs, qui demandent au législateur de reprendre son œuvre ¹.

Ce n'est pas seulement le défaut de méthode qui a suffi pour compromettre le sort de la loi sur la nationalité : l'imperfection de cette loi s'explique par une autre raison, que nous avons indiquée dès le début de cette étude. Les conceptions de droit international ont été submergées sous le flot des considérations économiques et politiques : on n'a pas craint, afin d'augmenter le nombre des soldats, de faire ou de retenir des Français malgré eux, et de sacrifier à un but utilitaire des principes de justice et de droit naturel. Dictée par le droit international, l'extension du *jus soli*, malgré ses inconvénients, ne pourrait être qu'approuvée ; inspirée par des considérations purement internes, elle doit être condamnée sans réserve. Sans doute, l'indépendance politique de chaque nation produit comme conséquence nécessaire l'indépendance législative ; mais, comme le dit Mancini ², « la puissance de faire des lois n'implique pas celle de dicter des lois injustes et blessantes pour la communauté de droit qui découle des nécessités humaines et civiles, et des devoirs internationaux

1. Weiss. *Pandectes françaises*, 1892, p. 1. — Geouffre de Lapradelle, *op. cit.*, p. 413. — Audinet, *Journ. dr. int. priv.*, 1891, p. 39 et 59.

2. Mancini, *Les règles générales du dr. int. priv.*, *Journ. dr. int. priv.*, 1874, p. 228.

imposés par le lien de la société générale existant entre les peuples ». Dans une loi sur la nationalité, le législateur ne doit, ni river sa pensée à la chaîne de la tradition, ni tenir compte exclusivement des faits sociaux actuels politiques ou économiques; il doit s'inspirer des législations étrangères: en un mot, il doit faire œuvre de droit international. Il est d'une haute importance de travailler à poser les véritables principes, à substituer l'idée de droit aux égoïsmes nationaux: ce doit être le premier et le principal objet des parlements, qui ne doivent pas se laisser distraire par le cachet utilitaire de la législation du pays. Ce moyen est le seul pratique pour arriver un jour à l'édification d'une doctrine unique sur la nationalité. Il est de l'intérêt commun des États de faire leurs efforts pour tendre à ce but; et, puisque le service militaire est de plus en plus le corollaire de la nationalité, pourquoi ne pas chercher, à l'aide de mesures convenues, et calculées de façon à satisfaire aux exigences légitimes de chacun, à obtenir de ce côté un droit commun? L'idée de faire disparaître, de cette façon, en partie du moins, les difficultés du droit de la nationalité, alors que, précisément, ces difficultés prennent un caractère aigu à la suite de l'armement de l'Europe, ne peut être qu'une indication féconde en heureux résultats. Les gouvernements ne

peuvent lui être contraires : elle ne combat pas les droits de souveraineté de chaque peuple à l'intérieur de ses frontières ; elle ne fait que parler au nom de la justice, et invoquer des droits aussi absolus que les besoins mêmes de notre raison.

En faisant œuvre de droit interne sans se préoccuper des principes du droit international, le législateur de 1889 s'est, non seulement éloigné de la conception d'un droit uniforme, qui seul peut aboutir à l'unité de patrie, mais il a rendu très difficiles, comme l'a fait remarquer M. Camille Sée, les conventions avec les nations étrangères relativement à la nationalité. Si de petits États ont modifié leur droit interne en considération du nôtre, pour conclure des traités avec la France au sujet du service militaire, il ne faut pas attendre une pareille condescendance pour la souveraineté française de la part des grandes puissances.

Sur la plainte de plusieurs États, la loi du 22 juillet 1893, tout en édictant des mesures fort graves, est venue corriger dans une hypothèse le texte inflexible de sa devancière¹. Le rappor-

1. Le législateur de 1893, qui a réservé le droit de décliner notre nationalité à celui qui est né en France d'une femme étrangère également née dans notre patrie, n'a pas accordé cette faculté de répudiation à celui qui est né en France d'un père étranger qui lui-même y est né, parce que les réclamations reçues de l'étranger par le gouvernement français se référaient toutes à des personnes nées en France et dont la mère y était née. Voilà le motif, tout de circonstance et de fait, qui a guidé le législateur de 1893.

teur de la loi nouvelle au Sénat, M. Thézard, a profité de cette occasion pour s'élever avec force contre l'abus du *jus soli*¹. Selon lui, dans un pays où l'unité nationale est fondée, où les habitants ont une même histoire et un même cœur, l'étranger doit être un hôte; il ne doit entrer dans la famille que s'il en a vraiment les affections, et s'il en épouse volontairement les devoirs. « Qu'une femme étrangère soit née en France, dit-il, et que, s'y trouvant accidentellement, elle y ait à son tour un enfant; qu'aussitôt après la naissance la mère et l'enfant rentrent dans leur pays pour ne plus jamais le quitter, cet enfant, qui sera élevé dans ce pays, qui y passera toute sa vie, sera Français sans le vouloir, peut-être sans le savoir. Qu'il prenne garde, cependant; car, s'il paraît en France pour un moment, il pourra être appréhendé par la gendarmerie et poursuivi comme insoumis. S'il devient soldat dans son pays, il sera sauvé, mais sauvé comme indigne, parce que la loi française aura prononcé, contre lui, à titre de peine, la déchéance de la qualité de Français: il sera encore heureux pour lui que la loi de 1839 ait abrogé les décrets du 6 avril 1809 et du 26 août 1811. Mais tout ne sera pas fini: si la guerre éclate entre son pays et la

1. Rapport de M. Thézard, Sénat, session de 1893, Annexe au procès-verbal de la séance du 29 juin 189, n° 2363, p. 27.

France, il tombera alors sous le coup de l'article 75 du Code pénal ; car cet article n'aurait pas de sens, si on ne l'appliquait pas à celui qui a perdu la qualité de Français en prenant du service à l'étranger. »

Ces critiques sont justes, car toutes ces conséquences bizarres sont contenues dans le texte de la loi. La qualité de Français a toujours été considérée comme un bienfait : elle ne doit pas constituer « une servitude » ¹ ou « un préjudice » ² à celui à qui on l'accorde. Si l'étranger, cette source de richesses, aime à séjourner en France, il ne faut pas lui tendre un piège en infligeant la nationalité française à ses enfants ; il ne faut pas faire le protectionnisme des hommes après avoir fait celui des choses ³. Si donc, en attendant un état de l'Europe qui permette de voir avec faveur la population devenir stationnaire, on veut

1. Fencl, VII, p. 167.

2. Sénat, *Journ. Off.*, annexes 1889, n° 260, p. 233.

3. M. Thézard (rapport cité ci-dessus, p. 26) nous signale des faits assez suggestifs à cet égard : un personnage étranger considérable, qui, accidentellement, était né en France, était venu passer une saison dans une de nos stations balnéaires avec sa femme enceinte ; on attendait là paisiblement la naissance de l'enfant, quand tout à coup on l'avisa que, si l'enfant naissait en France, il serait Français sans possibilité de répudiation : le mari s'empressa de faire repasser la frontière à sa femme. Un autre, dans un cas semblable, dut renoncer à faire venir à Paris sa femme, qui aurait désiré avoir pour sa grossesse et son accouchement l'assistance de nos sommités médicales.

empêcher que la France ne tombe au-dessous du nombre de ses rivaux par le nombre de ses habitants, il faut trouver autre chose que d'imposer la nationalité française à des catégories entières de citoyens ; car, d'ordinaire, on sert mal une patrie à laquelle on n'appartient que par contrainte.

Il n'est pas nécessaire de faire revêtir l'uniforme à des jeunes gens que leur origine étrangère, la fidélité aux traditions de leurs familles, n'ont pas disposés à être soldats français. La force d'une armée n'est pas tout entière dans le nombre d'hommes qui la composent, elle est aussi dans l'esprit qui l'anime. S'il est de nature à exalter toutes les passions généreuses dont une grande âme est susceptible, s'il peut entraîner à un dévouement sublime, élever jusqu'à l'héroïsme, c'est alors qu'on peut dire avec certitude qu'on a une bonne armée et de vrais soldats. D'ailleurs, ce n'est pas, ce semble, au moment où l'on cherche à répandre dans le peuple ce qu'on appelle l'antipatriotisme, qu'il y a lieu de faire des Français malgré eux. Qui dit que, parmi ces recrues, il ne se trouvera pas quelqu'un qui profitera de son passage dans notre armée pour étudier notre organisation militaire ou relever le plan de nos forts ? Il vaut mieux incorporer beaucoup d'hommes en moins que de courir le risque d'introduire un

ennemi de demain dans les rangs de l'armée française: il y va de l'intérêt de notre défense nationale.



POSITIONS

DROIT ROMAIN

I

L'action *tutelæ* dérive de l'action *negotiorum gestorum* et appartient au droit civil.

II

Pour régler la condition du prodigue, les jurisconsultes romains ont pris pour modèle l'incapacité du fou et non celle du pupille.

III

Après les lois caducaires, le concubinat fut un mariage d'ordre inférieur constituant un état légal.

IV

Le *nuntius* n'a jamais été à Rome un représentant juridique.

CODE CIVIL

I

Le rapport des dettes est opposable aux créanciers personnels de l'héritier débiteur.

II

L'inaliénabilité de la dot mobilière sous le régime dotal est une création de la jurisprudence.

III

La nullité de la vente de la chose d'autrui est relative.

IV

Le bailleur devient immédiatement propriétaire des constructions et plantations faites par le preneur.

DROIT COMMERCIAL

La vente par correspondance se forme à l'instant où l'acceptant se dessaisit de son acceptation.

Le bénéfice de l'assurance sur la vie contractée par un commerçant au profit de sa

femme, ne doit pas, en cas de décès du mari en état de faillite, être rapporté à la masse.

LÉGISLATION INDUSTRIELLE

La responsabilité des accidents du travail tombe uniquement sous l'application des articles 1382 à 1386 du Code civil.

Le propriétaire qui a loué une partie de son immeuble pour l'exploitation d'une industrie déterminée, perd, par le seul effet de cette location, à moins d'une clause spéciale dans le bail, le droit de louer une autre partie du même immeuble pour une exploitation similaire.

Vu :

Le Professeur Président de la Thèse,

E. GAUCKLER.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Caen,

E. ZÉVORT.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Histoire de la *procuratio* extrajudiciaire et judiciaire

	Pages.
INTRODUCTION.	5
CHAPITRE I ^{er} . — DE LA <i>procuratio</i> EXTRAJUDICIAIRE.	
SECTION I ^{re} . — Du développement de l'idée de <i>procuratio</i> . .	7
SECTION II. — Transformation de la <i>procuratio</i> primitive par suite de l'apparition, du contrat de mandat.	33
SECTION III. — De la survivance de la <i>procuratio totorum bonorum</i> à l'époque classique	38
CHAPITRE II. — DE LA <i>procuratio</i> JUDICIAIRE.	
SECTION I ^{re} . — Première sanction de la <i>procuratio</i> judiciaire.	61
SECTION II. — Le <i>vindeæ</i> et le <i>defensor</i> ont précédé le <i>procurator</i> judiciaire	66
SECTION III. — La <i>procuratio</i> n'est ni antérieure ni postérieure à la <i>cognitio</i>	72
SECTION IV. — La <i>procuratio</i> à l'époque de Gaius.	80.
SECTION V. — Les derniers changements dans la <i>procuratio</i> .	92
SECTION VI. — Le <i>procurator</i> à l'époque de la procédure extraordinaire	101

	Pages.
INTRODUCTION	105
CHAPITRE I ^{er} . — HISTORIQUE	123
CHAPITRE II. — DROIT FRANÇAIS ACTUEL	151
I. — Français « jure sanguinis »	151
II. — Français « jure soli »	164
SECTION 1 ^{re} . — Enfant né en France de parents inconnus ou de nationalité incertaine.	165
SECTION II. — Enfant né en France d'un étranger qui lui- même y est né	168
SECTION III. — Étranger né en France	191
§ 1 ^{er} . — Enfants domiciliés en France à leur majorité	191
§ 2. — Enfants domiciliés à l'étranger à l'époque de leur majorité	208
III. — Français par naturalisation	220
§ 1 ^{er} . — Étranger directement bénéficiaire de la natu- ralisation	220
§ 2. — Enfants de l'étranger naturalisé	225
IV. — Français par réintégration	236
§ 1 ^{er} . — Étranger directement bénéficiaire de la réin- tégration dans la qualité de Français	236
§ 2. — Enfants du Français par réintégration	241
V. — Fils d'un Français qui a perdu cette qualité	245
CHAPITRE III. — LES LOIS SUR LA NATIONALITÉ DANS LEUR RAP- PORT AVEC LE RECRUTEMENT MILITAIRE DANS CERTAINES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES	253
A. — Pays avec lesquels aucune convention officielle n'est inter- venue pour résoudre les difficultés au sujet du service militaire	253

	Pages.
SECTION 1 ^{re} . — Allemagne	253
SECTION II. — Italie.	259
SECTION III. — Autriche-Hongrie	263
SECTION IV. — Russie	268
SECTION V. — Angleterre	270
SECTION VI. — États-Unis	277
SECTION VII. — Amérique latine	279
B. — <i>Pays avec lesquels ont été signées des conventions pour résoudre les difficultés au sujet du service militaire.</i> .	282
SECTION 1 ^{re} . — Espagne.	282
SECTION II. — Suisse	288
SECTION III. — Belgique	292
CONCLUSION	299



